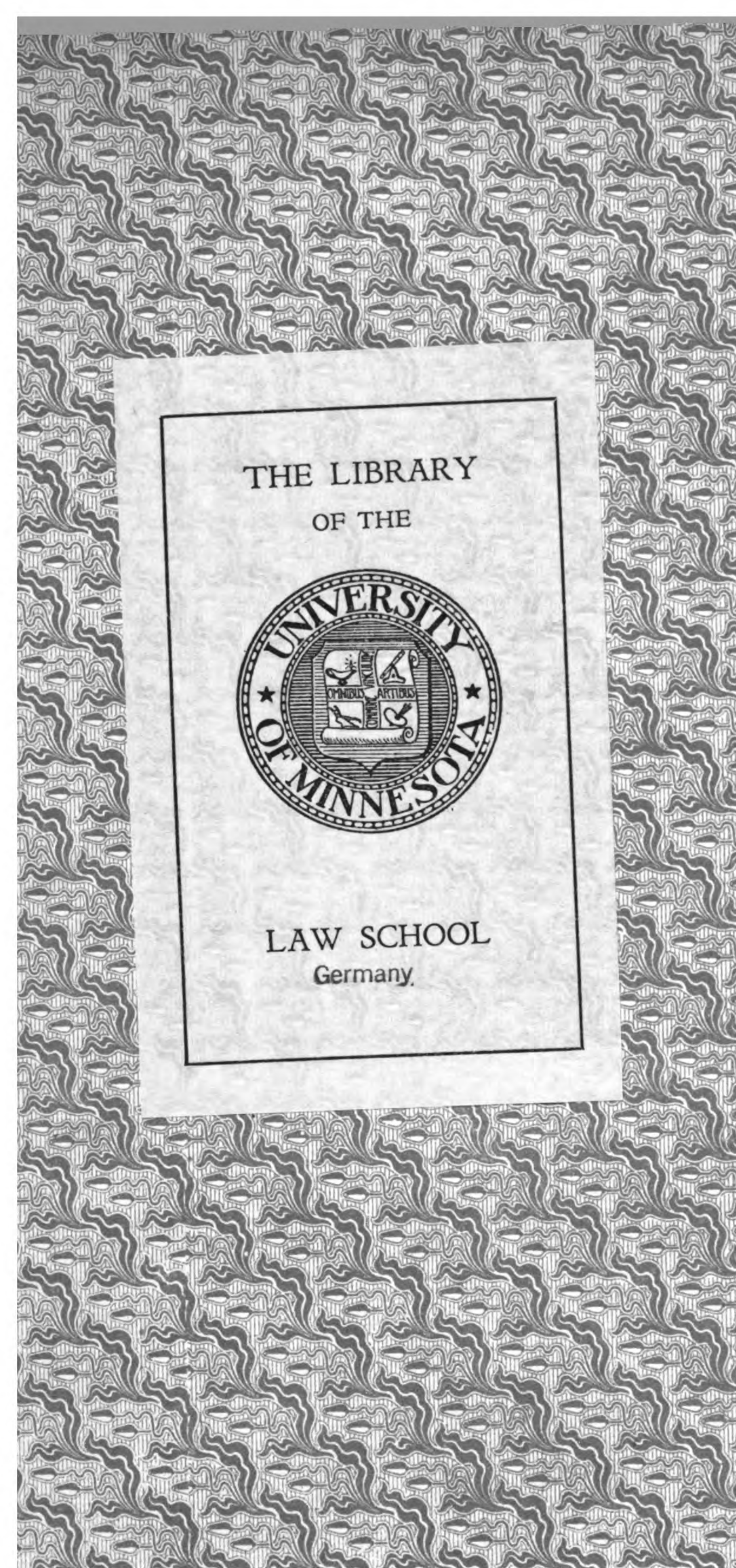
…rneyers Jahrbuch der Entscheidungen

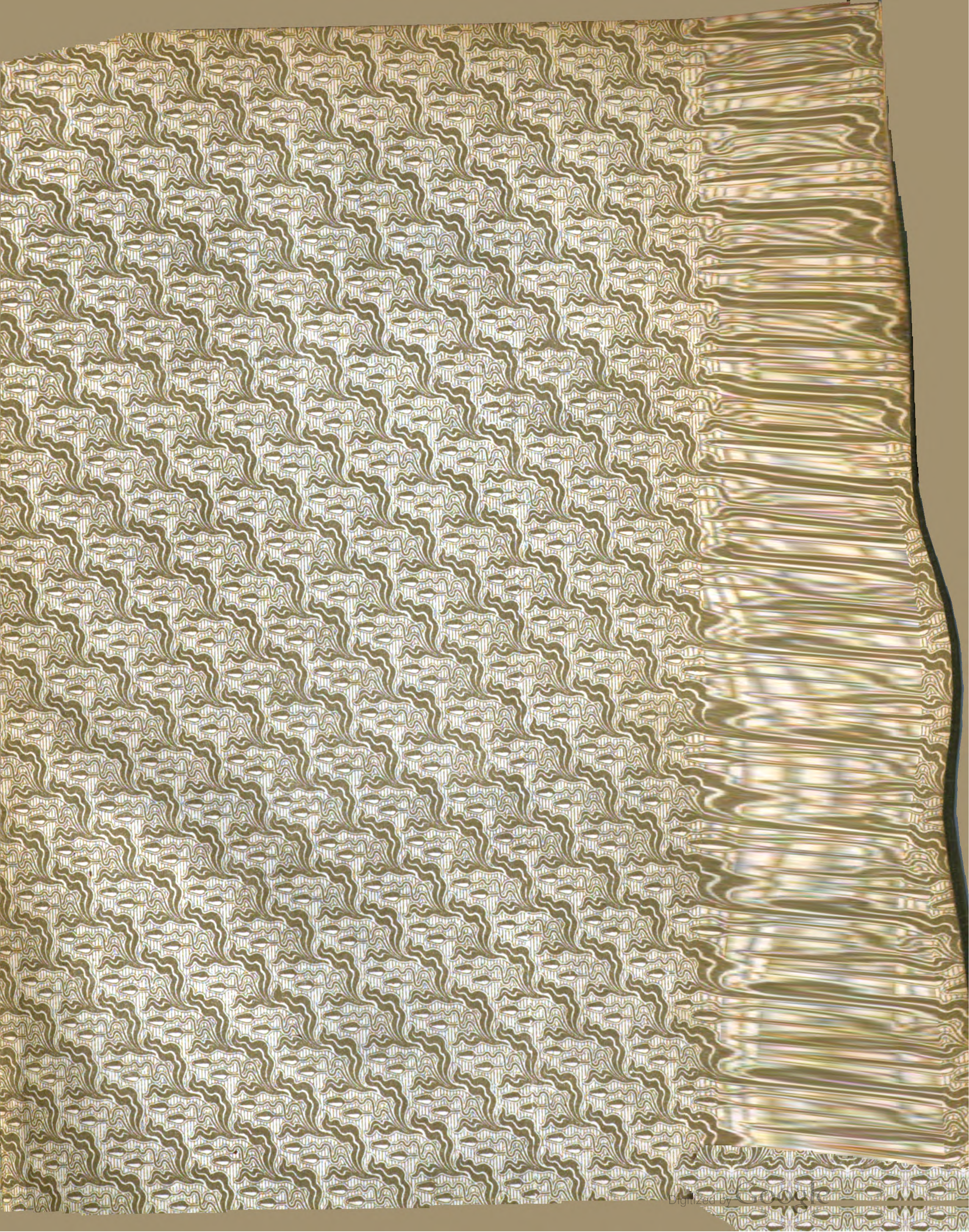
Ergänzungsband

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts I. (1908)

Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung
Arthur Roßberg . . . . Leipzig




THE LIBRARY
OF THE
UNIVERSITY OF MINNESOTA
OMNIBUS ARTIBUS
LAW SCHOOL
Germany



Warneyers

Jahrbuch der Entscheidungen.

Ergänzungsband

enthaltend die

Rechtsprechung des Reichsgerichts

auf dem Gebiete des Zivilrechts
soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der
Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist.

Herausgegeben
von
Dr. Otto Warneyer
bearbeitet
von
Dr. Robert Zähler
Amtsrichter in Leipzig.

1. Jahrgang
(umfassend die Zeit von Oktober 1907 bis zum Ende der Gerichtsferien 1908).

Leipzig 1908
Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung
Arthur Roßberg.

Roßberg'sche Buchdruckerei, Leipzig.

Berichtigungen.

S. 3 Nr. 4 Zeile 4 der Überschrift, sowie Zeile 5 des Textes lies: „HGB." statt „BGB.".

S. 15 Zeile 15 lies: „Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts 22 A" statt „Jahrbuch f. Entsch. des Reichsgerichts 2 A".

S. 157 Zeile 27 von oben lies: „§ 536" statt „§ 546".

S. 188 Nr. 262 Zeile 1 der Überschrift lies: „§ 554" statt „§ 542".

S. 268 Nr. 362 Zeile 5 der Überschrift lies: „422" statt „442".

S. 358 Nr. 467 Zeile 7 der Überschrift lies: „ZPO. § 67" statt „BGB. § 67".



1. Entmündigung wegen einer sich nur auf einem beschränkten Gebiete äußernden Geisteskrankheit (BGB. § 6 Nr. 1). Urt. vom 28. Okt. 07, IV 92/07.

„Unter Bezugnahme auf die näheren Ausführungen des Sachverständigengutachtens stellt der Berufungsrichter tatsächlich fest, daß Kläger an Geisteskrankheit (paranoia simplex chronica) leidet und infolge dieser Geisteskrankheit seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Damit sind nach BGB. § 6 Nr. 1 die Voraussetzungen für seine Entmündigung an und für sich gegeben. Es erhellt auch nicht, daß der Berufungsrichter verkannt hätte, die Unfähigkeit zur Besorgung seiner Angelegenheiten müsse sich auf die Gesamtheit dieser Angelegenheiten erstrecken (RGZ. 50, 205). Zwar ist von Sachverständigen insbesondere hervorgehoben, daß der Kläger auf dem Gebiete seiner Prozeßangelegenheiten von Wahnideen erfüllt sei. Es ist aber zugleich betont, daß im Verfolge dieser Ideen ihm der wirtschaftliche Ruin drohe. Der Berufungsrichter erklärt endlich auch für ausgeschlossen, daß er zur Besorgung der mit dem Prozesse in keinem Zusammenhange stehenden Angelegenheiten imstande wäre, ohne sich oder andern Schaden zuzufügen. Die hierzu gegebene Begründung: die Möglichkeit einer bloß partiellen Geisteskrankheit sei in der Wissenschaft bisher verneint worden, ist freilich, wie der Revision zugegeben werden muß, nicht schlüssig. Denn wenn auch zuträfe, daß die nur auf einem beschränkten Gebiet der Geistestätigkeit sich äußernde Erkrankung immer das Symptom einer allgemeinen Erkrankung sei, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob der — partiell oder total — Erkrankte infolge seiner Krankheit nun auch, wie das Gesetz weiter fordert, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermöge. Allein die Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten ergibt, daß der Berufungsrichter jenes allgemeine Unvermögen auch aus anderen Umständen ableitet. Augenscheinlich hat er dabei im Auge, daß Kläger, wie dort näher dargelegt ist, in Verfolg seiner Wahnideen bereits mit der staatlichen Rechtsordnung und ihren Organen in Konflikte gekommen und zu ferneren, ihn notwendig schwer schädigenden Konflikten geneigt ist. Unter diesen Umständen steht der Anwendung des BGB. § 6 Nr. 1 nicht entgegen, daß Kläger, wie der Sachverständige anerkannt, auf einzelnen Lebensgebieten, wie insbesondere in seinen Berufs- und Familienangelegenheiten ein vernünftiges Verhalten betätigt. Seine Entmündigung ist hiernach ausreichend gerechtfertigt."

2. Vorbehalt der Rechte des Grundstücksverkäufers aus der bisherigen Amortisation eines dem Kaufgrundstück aufhaftenden Pfandbriefdarlehns; rechtliche Natur derselben (BGB. § 96). Urt. vom 16. Okt. 07, V 34/07.

Durch notariellen Vertrag vom 25. Febr. 04 verkauften die Kläger ihr Grundstück W. Nr. 1 für den Preis von 27 300 ℳ an den Beklagten. Weiter ist in dem Vertrage bestimmt:

„Der Käufer übernimmt nur die auf dem Grundstück haftenden Renten — ohne Anrechnung auf den Kaufpreis. Alle sonstigen Einträge sind von den Verkäufern bis zur Auflassung auf ihre Kosten zur Löschung zu bringen. Die zur Ablösung derselben erforderlichen Gelder hat Käufer vorzuschießen. Auf dem fraglichen Grundstück haftet ein Pfandbriefsdarlehn der Posener Landschaft. Die Rechte aus der bisherigen Amortisation gehen auf den Käufer nicht

über. Derselbe ist vielmehr damit einverstanden, daß das auf Grund der Amortisation für die Eigentümer des Grundstücks festzustellende Guthaben von der Landschaft an die Verkäufer ausgezahlt wird."

Der Vertrag ist im übrigen beiderseits erfüllt. Nur in betreff des landschaftlichen Amortisationsfonds besteht unter den Parteien Streit. Dieser Fonds, einschließlich des Anteils am Reservefonds im Betrage von 3650 ℳ, ist bei Ablösung des Pfandbriefsdarlehns, die der Beklagte im Auftrage und für Rechnung der Kläger vornahm, verrechnet und vom Beklagten unstreitig (unter Abzug verauslagter Zinsen und Kosten) in Höhe von 2483,15 ℳ an die Kläger herausgezahlt worden. Der Beklagte behauptet nun, daß die Kläger sich den Betrag des Amortisationsfonds auf den Kaufpreis anrechnen müssen, wogegen die Kläger meinen, daß sie nach dem Vertrage den Amortisationsfonds neben dem vollen Kaufpreise zu beanspruchen haben.

Aus den Gründen:

„. . . Die Auslegung des Berufungsrichters, von der er selbst anerkennt, daß sie dem Wortlaut der betreffenden Vertragsstelle nicht entspricht, wird von der Revision mit Grund angefochten, da ihr nicht bloß logische, sondern auch rechtliche Bedenken entgegenstehen. Eine klare und bestimmte Feststellung des Vertragswillens läßt das Berufungsurteil vermissen. Der Berufungsrichter kommt immer wieder darauf zurück, die Kläger würden, wenn der Amortisationsfonds in die Kaufsumme nicht eingerechnet wird, denselben Betrag doppelt erlangen: Hierin liegt offenbar eine Vorwegnahme dessen (petitio principii), was dem Wortlaut gegenüber erst zu beweisen ist, nämlich daß der Amortisationsfonds den Klägern nicht unbedingt, sondern nur als Teil des Kaufpreises zukommen solle. Nach BGB. § 96 ist das Recht des Eigentümers eines bepfandbrieften Grundstücks auf den Amortisationsfonds bzw. Reservefonds als Bestandteil (nicht wesentlicher Bestandteil) des Grundstücks anzusehen (vgl. RGZ. 12, 267; Turnau-Förster 2, 381, 3. Aufl.). Als (werterhöhender) Bestandteil des Gutes wird es, falls nichts anderes verabredet ist, auf den Käufer übergehen und sein Äquivalent in dem erhöhten Kaufpreis finden. Behält es sich aber der Verkäufer vor, dann ist es eben nicht mit verkauft und der Kaufpreis hat damit nichts zu schaffen. Diese rechtliche Bedeutung des Rechts auf den Amortisationsfonds hat der Berufungsrichter verkannt, und es erscheint daher schon aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt seine Auslegung nicht haltbar, die aber auch einer schlüssigen Begründung entbehrt. Verkauft war im vorliegenden Fall das Grundstück ohne das Recht auf das Amortisationsguthaben, das ja nach der ausdrücklichen Vertragsbestimmung von der Landschaft an die Kläger ausgezahlt werden sollte. Das Recht auf den Amortisationsfonds sollte also nicht auf den Käufer übergehen, war also nicht Gegenstand des Kaufvertrages, und der vereinbarte Kaufpreis von 27300 ℳ bildet das Äquivalent lediglich für das, und zwar (abgesehen von der Rente) lastenfreie Grundstück.

Erweist sich sonach die Vertragsauslegung des Berufungsrichters aus rechtlichen und logischen Gründen nicht haltbar, so unterliegt die allein auf dieser Auslegung beruhende Entscheidung der Aufhebung."

3. **Nachweis völliger Geschäftsunfähigkeit des nur wegen Geistesschwäche durch rechtskräftiges Urteil Entmündigten** (BGB. § 104 Nr. 2). Urt. vom 21. Okt. 07, IV 88/07.

„Die Revision führt aus: Für die rechtliche Beurteilung habe nur zu gelten, daß die Erblasserin geistesschwach gewesen sei, weil das Entmündigungsgericht nur zur Annahme der Geistesschwäche gekommen sei. Dem Geistesschwachen stehe aber das Recht zum Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments schlechthin zu (BGB. § 2253 Abs. 2). Der Nachweis, daß die Erblasserin geschäftsunfähig gewesen sei und deshalb nicht widerrufen konnte, sei ausgeschlossen. Der Angriff geht fehl. Die im Entmündigungsverfahren ausgesprochene Entmündigung der Witwe W. wegen

Geistesschwäche kann schon deshalb nicht von maßgebender Bedeutung sein, weil das Entmündigungsverfahren nicht zum Abschluß gediehen und das landgerichtliche Urteil vom 23. Nov. 05 nicht die Rechtskraft beschritten hat. Würde aber auch die Entmündigung wegen Geistesschwäche in jenem Verfahren unanfechtbar ausgesprochen worden sein, so würde dadurch der Prozeßrichter nicht behindert sein, im Einzelfalle darüber hinaus festzustellen, daß die Witwe W. gemäß BGB. § 104 Nr. 2 völlig geschäftsunfähig gewesen ist. Die beschränkte konstitutive Bedeutung des nur wegen Geistesschwäche ergehenden Entmündigungsurteils schließt eine dahingehende prozeßrichterliche Feststellung keineswegs aus ..."

4. **Haftung der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschafter für unerlaubte Handlungen des vertretungsberechtigten Gesellschafters. Übergang des Anspruchs aus dem Unfallversicherungsgesetz auf die Berufsgenossenschaft** (HGB. §§ 126, 128; UVG. § 140). Urt. vom 24. Okt. 07, VI 62/07.

„... Denn die offene Handelsgesellschaft haftet für die Folgen einer unerlaubten Handlung des vertretungsberechtigten Gesellschafters, die dieser in Ausführung einer ihm als solchem zustehenden Verrichtung vorgenommen hat, und die Gesellschafter wiederum haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner (HGB. §§ 126, 128) ... Diese letztere Ausführung, mit der das Sachverhältnis dem durch den angezogenen § 45 (BauUVG.) ebenfalls für anwendbar erklärten UVG. § 140 unterstellt wird, findet zwar eine Stütze in dem vom Berufungsgericht angezogenen Urteil des erkennenden Senats, abgedruckt in RGZ. 55, 385 ff., die hier entwickelte Auffassung hat aber der Senat verlassen und ausgesprochen, daß die Forderung des Verletzten gegen den Dritten gemäß dem angezogenen § 140 bereits im Augenblick ihrer Entstehung auf die Berufsgenossenschaft übergeht (angez. Entscheidung in RGZ. 60, 200 ff.). Hieran ist festzuhalten. Vorausgesetzt nun, daß der Betrieb, in dem der Kläger verunglückt ist, versicherungspflichtig ist und daß der Kläger darin versichert war gemäß dem UVG. — worüber das Berufungsgericht noch keine Feststellungen getroffen hat —, würde der Klaganspruch daher, wenn mit dem angefochtenen Urteil anzunehmen sein sollte, daß der Kläger den Unfall nicht im Betriebe der Handelsgesellschaft der Beklagten, sondern in dem Betriebe des Schreinereigeschäfts seiner Frau erlitten hat, nach § 140 doch „im Umfange der durch dieses Gesetz begründeten Entschädigungspflicht" der Berufsgenossenschaft unbegründet sein, da dem Kläger insoweit die Aktivlegitimation fehlen würde, in diesem Umfange würde der Klaganspruch der Berufsgenossenschaft gegen die Beklagten zustehen. Sollte jedoch, wie die Revision geltend macht, der Unfall sich im Betriebe der Handelsgesellschaft zugetragen haben, so würde beim Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen dem Kläger überhaupt kein Anspruch gegen den Beklagten zustehen (§ 135) ..."

5. **Liegegeld, Zögerungsklausel** (BGB. § 133; HGB. § 567). Urt. vom 9. Nov. 07, I 11/07.

Klägerin hatte ihren Dampfer Zylpha der Beklagten für eine Holzladung von Argentinien nach Europa verfrachtet. Es war eine bestimmte Ladezeit und ein tägliches Überliegegeld vereinbart. Klägerin klagt ein solches für 50 Tage wegen verspäteter Beendigung der Ladung ein. Die Beklagte wendet ein, daß eine raschere Beladung infolge Überschwemmung unmöglich gewesen sei, und bezieht sich auf die Zögerungsklausel in der Charter-Party, welche lautet: „If the cargo cannot be loaded or discharged by reason of a strike or lockout of any class of workmen essential to the loading or, discharge of the cargo or by reason of fog, frost, floods and breakdown of machineries, the days for loading or discharging shall not count during the continuance of such strike on lockout. A strike of the shippers or receivers men only

shall non exonerate him from any demurage for which he may be liable under this charter, if by the use of reasonable diligence he could have obtained other suitable labour, and in case of any delay by reason of the before-mentioned causes no claim for damage shall be made by the receiver of the cargo, the owners of the ship, or by any other party under this Charter."

Das Oberlandesgericht hatte die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht bestätigte u. a. aus folgenden Gründen:

„. . . Beide Vorinstanzen nehmen an, daß der Anspruch auf Liegegeld einen Gegensatz bilde zu dem Anspruche auf Schadensersatz und versagen daher der Beklagten die Berufung auf die Zögerungsklausel, weil mit der Klage Liegegeld und nicht Schadensersatz gefordert werde. Dem kann das Reichsgericht nicht beitreten.

Zwar ist als richtig anzuerkennen, daß sich das Liegegeld im Rechtssinne nicht als ein Anspruch auf Schadensersatz darstellt, sondern als vertragsmäßige Vergütung für die verlängerte Inanspruchnahme des Schiffes durch den Befrachter, also als Mietzins (ROHG. 19, 93; SeuffA. 43 Nr. 200). Daraus folgt aber nicht, daß auch die streitige Klausel im Sinne dieser strengen juristischen Ausdrucksweise verstanden werden muß. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGB. § 133). Nach den Anschauungen des täglichen Lebens läßt sich auch das Liegegeld recht wohl als ein Schadensersatz im weiteren Sinne auffassen, weil es eine Entschädigung des Verfrachters für einen außergewöhnlichen Fall, dessen Eintritt bei regelmäßigem Verlaufe der Dinge nicht erwartet wird, darstellt. Diese Auffassung aber ist geboten, weil die Klausel ausdrücklich auch von einem Schadensersatzanspruche des Reeders (the owner of the ship) spricht, der in den Fällen, wo die Beladung durch die aufgezählten Hinderungsgründe eine Verzögerung erfährt, versagt wird. In solchen Fällen kann aber für den Reeder ein anderer Schadensersatzanspruch als der vertragsmäßige Anspruch auf Liegegeld überhaupt nicht in Frage kommen. Ferner ist in Betracht zu ziehen, daß es ein befremdendes Ergebnis sein würde, wenn der Fall der Verzögerung anders geregelt sein sollte, als der der zeitweiligen Unmöglichkeit. Die Tendenz der Klausel geht dahin, beide Kontrahenten von der Verantwortung für eine Zögerung im Laden und Löschen, für die sie sonst haften würden, in den aufgezählten Ausnahmefällen zu befreien. Diese Fälle sind damit als Fälle von höherer Gewalt gekennzeichnet. Ein sachlicher Grund, den Fall der höheren Gewalt verschieden zu behandeln, je nachdem er eine tagelange Unmöglichkeit oder eine Erschwerung der Beladung bewirkt hat, dürfte kaum aufzufinden sein. Die Annahme, daß Kaufleute eine derartige, rein theoretische und dem wirklichen Leben fremde Unterscheidung hätten statuieren wollen, muß zurückgewiesen werden. Die Wahl der Worte claim for damage im Schlußteile der Klausel erklärt sich dadurch, daß hier nicht bloß von den Ansprüchen des Reeders, sondern auch von denen des Befrachters und des Empfängers die Rede ist, nur die Ansprüche des Reeders aber als demurrage bezeichnet werden konnten . . ."

6. **Schulderlaß auf den Todesfall** (BGB. §§ 133, 157). Urt. vom 14. Nov. 07, VI 101/07.

Laut notarieller Schuldverschreibung vom 2. März 1904 sind die Beklagten der Klägerin für bares Darlehn 12 620 ℳ schuldig geworden. Die Klägerin hat in schwerer Erkrankung durch Testament vom 18. Mai 1905 den Beklagten alles, was sie ihr an ihrem Todestag auf Grund der Schuldverschreibung schulden würden, erlassen, nach ihrer Wiedergenesung aber das Testament widerrufen. Sie hat dann die rückständigen Zinsen aus der Darlehnsschuld eingeklagt, worauf die Beklagten mit der Behauptung, die Klägerin habe kurz nach Errichtung des Testaments dem beklagten Ehemann die Schuldurkunde ausgehändigt und erklärt, er brauche ihr keine Zinsen und nichts

mehr zu geben, Widerklage auf Feststellung erhoben, daß die Beklagten der Klägerin aus der Schuldverschreibung nichts schuldig seien.

Gründe:

„Die von dem Zeugen D. bestätigte Behauptung der Beklagten, daß die Klägerin wenige Minuten nach Errichtung ihres Testaments dem beklagten Ehemann die Schuldverschreibung mit dem Beifügen überlassen habe, das gebe sie ihm jetzt, alles sei fertig, ist vom Berufungsgericht als richtig unterstellt worden. Das Berufungsgericht nimmt an, diese Erklärung der Klägerin könne nur dahin verstanden werden, daß R. die Schuldurkunde an sich nehmen möge, da ja ihr Tod bevorstehe und damit das Vermächtnis in Kraft trete, die Klägerin habe aber nicht im Gegensatz zu ihrer unmittelbar zuvor getroffenen testamentarischen Verfügung auch für den Fall, daß sie wider alles Erwarten genesen würde, den Beklagten die Schuld unwiderruflich erlassen wollen.

Die Auffassung des Berufungsgericht ist sachgemäß, zutreffend begründet und frei von Rechtsirrtum.

Die Revision führt Beschwerde, daß das Berufungsgericht die weitere, für einen Schulderlaß sprechende Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe bei der Aushändigung der Schuldverschreibung an R. noch hinzugesetzt, er brauche weder Zinsen noch Kapital zu bezahlen, nicht gewürdigt und die Anregung der Beklagten, dem R. darüber den Erfüllungseid zu geben, nicht berücksichtigt habe.

Es liegt indes auf der Hand, daß der Zusatz — von dem D., der einzige Zeuge des Vorgangs, übrigens nichts weiß — denselben Sinn gehabt haben würde, wie die Übergabe der Schuldurkunde an den Schuldner, nämlich den, daß die Schuld den Beklagten erlassen werden solle. Da aber unter den Parteien lediglich streitig ist, ob Klägerin die Schuld so, wie es im Testament geschah, für den Fall des Todes, dessen Herannahen sie zu fühlen glaubte, oder sofort unwiderruflich erlassen habe, so sind jene Worte ohne alle Bedeutung, und das Berufungsgericht hatte zu einer Erörterung, ob dem R. über ein unerhebliches Vorbringen der Erfüllungseid aufzuerlegen sei, keinen Anlaß."

7. **Auslegung eines unklaren Vertrags gegen den Berechtigten** (BGB. § 133). Urt. vom 15. Okt. 07, III 97/07.

„... Wenn die Revision meint, es sei der Rechtssatz verletzt, daß, wenn eine Bestimmung nicht völlig klar sei, dieselbe zum Nachteil dessen ausgelegt werden müsse, dem ein Recht eingeräumt sei, so gibt es einen zwingenden Rechtssatz dieses Inhaltes überhaupt nicht."

8. **Aussperrung des Käufers vom weiteren Warenbezug wegen Nichteinhaltung der ihm vom Verkäufer für den Weiterverkauf vorgeschriebenen Mindestpreise** (BGB. §§ 138, 826). Urt. vom 7. Okt. 07, VI 489/06.

„... Wie aber auch das Reichsgericht wiederholt dargelegt hat (vgl. RGZ. 56, 277; 63, 399), kann es einem Gewerbetreibenden oder einem gewerblichen Verbande nicht verwehrt sein, seinen Abnehmern die Verpflichtung aufzuerlegen, unter einem bestimmten Preise nicht zu verkaufen, und diese Verpflichtung wiederum ihren Käufern aufzuerlegen, überhaupt für die Anknüpfung und Aufrechterhaltung geschäftlicher Beziehungen besondere Bedingungen zu stellen und bei deren Nichtannahme die Lieferung ihrer Handelsartikel zu verweigern. An diesem Rechte vermag auch der Umstand, daß ein unverhältnismäßig hoher Preis künstlich aufrechterhalten und dem Publikum die Möglichkeit genommen wird, die Ware zu einem angemessenen Preis sich zugänglich zu machen, jedenfalls dann nichts zu ändern, wenn es sich um Waren der hier fraglichen Art handelt, die — wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt — nicht zu den notwendigen

Lebensbedürfnissen gehören und an deren Stelle leicht ähnliche Waren von gleicher oder ähnlicher Beschaffenheit, oft auch billiger, zu haben sind. Es ist auch bei Beurteilung der Höhe des für die beiden Artikel festgesetzten Mindestpreises nicht außer acht zu lassen, daß es sich um Modeartikel handelt, die nur kurze Zeit den Markt behaupten und auf denen infolge von Reklamen, Ausstattung und sonstigen Einrichtungen große Auslagen lasten.

Die Revision beanstandet weiter den Satz im angefochtenen Urteil, daß, weil ein anderes Mittel, als die Sperre, dem Beklagten gegenüber der Klägerin, damit diese von dem Absatz zu einem geringeren Preise ablasse, nicht zu Gebote gestanden habe, dieses Mittel zur Erreichung des erlaubten Zwecks an sich zulässig gewesen sei; dadurch werde die Sperre nicht zu einer erlaubten Maßregel. Jener Satz darf indessen nicht für sich beurteilt werden, sondern nur im Zusammenhang mit dem unmittelbar darauf folgenden, daß immer noch zu prüfen sei, ob nicht die Aussperrung vom Bezug der sämtlichen Markenartikel der Vereinsmitglieder über das im Konkurrenzkampf erlaubte Maß hinausgehe. Diese Frage hat aber das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der Verhältnisse des vorliegenden Falles verneint. Die Revision rügt, es habe zu einem solchen Ergebnis überhaupt nicht gelangen können, ohne eine Feststellung über die Höhe des der Klägerin durch das Vorgehen des Beklagten entstandenen Schadens zu treffen. Allein das Berufungsgericht, das nicht verkennt, daß die Aussperrung für den Geschäftsbetrieb der Klägerin von ziemlich einschneidender Bedeutung gewesen, hat die von dieser insoweit behaupteten Tatsachen als wahr unterstellt und wenn es dabei zu der Annahme gelangt ist, daß nur eine Erschwerung des Geschäftsbetriebs der Klägerin hervorgerufen worden, so kann in dieser, lediglich eine Würdigung von Tatsachen enthaltenden Ansicht ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. Eine Maßregel aber, die nur die Erschwerung des Geschäftsbetriebs herbeiführt, nicht aber die geschäftliche Existenz des Betroffenen dauernd bedroht oder den gewerblichen Betrieb völlig lahmgelegt, die namentlich dem dadurch Betroffenen die Möglichkeit eines anderen Erwerbs offen läßt, kann als über das im wirtschaftlichen Kampf erlaubte Maß hinausgehend nicht angesehen werden (vgl. RGZ. 51, 385; 56, 279; 57, 427; 60, 104; 64, 158). Es läßt sich der Revision auch darin nicht beitreten, daß die geringe Preisherabsetzung von 5 ₰ bei zwei Artikeln außer jedem Verhältnis stehe zur Schädigung der Klägerin, so daß die vom Beklagten getroffene Maßregel als ein Akt der Willkür und Gehässigkeit angesehen werden könnte; denn zutreffend hat das Berufungsgericht dargelegt, daß das Interesse der Fabrikanten an der Aufrechterhaltung des eigenen Betriebs es erfordert, jedem Verkauf der Markenartikel unter dem festgesetzten Mindestpreis, namentlich durch ein Warenhaus, mit Nachdruck entgegenzutreten . . ."

9. Vertragsbedingung der notariellen Beurkundung (BGB. §§ 154, 125). Urt. vom 29. Okt. 07, II 236/07.

„Die Revision ist zulässig und auch gerechtfertigt. Nach der Behauptung des Klägers hat er diejenigen Rechte, die ihm als Zessionar eines gewissen Sch. auf Grund des von diesem mit den Grundbesitzern von D. im November 1900 abgeschlossenen Bohrvertrages zustanden, im März 1906 brieflich an den Beklagten für 4000 ℳ u. A. verkauft. Er hat deshalb gegen den Beklagten, der den bindenden Abschluß des Vertrages bestreitet und behauptet, nur namens eines gewissen L. mit dem Kläger verhandelt zu haben, auf Zahlung des Kaufpreises von 4000 ℳ sowie auf Erstattung von 64 ℳ Kosten geklagt, die ihm unstreitig durch Anfertigung eines entsprechenden Vertragsentwurfs entstanden sind. Unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, wodurch die Klage abgewiesen worden, hat das Berufungsgericht die Entscheidung von der Leistung eines dem Kläger über die Behauptung auferlegten Eides abhängig gemacht, daß der Beklagte ihm bei dem Beginne der Vertragsverhandlungen und bei der telephonischen Unterredung vom 8. März 1906 erklärt habe,

er wolle mit ihm nur namens des L. und für diesen den Vertrag abschließen. Für den Fall der Eidesleistung soll der Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt, hingegen soll im Falle der Eidesverweigerung die Klage abgewiesen werden.

Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, der fragliche Vertrag der Parteien über die käufliche Überlassung der dem S. in dem Bohrvertrage vom November 1900 eingeräumten und dem Kläger abgetretenen Bohrberechtigung als einer rein obligatorischen, dem Pachtrechte ähnlichen Berechtigung habe einen rechtlich zulässigen Inhalt gehabt. Diese zur Nachprüfung verstellte Erwägung gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Sodann ist weiter erwogen, die Vertragsverhandlungen hätten jedenfalls mit dem Schreiben des Beklagten vom 22. März 1906 zu einer vollständigen Willenseinigung der Parteien geführt. Der Angriff gegen diesen im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete beruhenden Teil des Berufungsurteils kann keinen Erfolg haben. Dagegen sind, wie von dem Revisionskläger mit Recht gerügt ist, diejenigen Erwägungen des Berufungsgerichts zu beanstanden, in denen verneint ist, daß vor Erzielung jener Willenseinigung die Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden sei. Hierbei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Kläger in seinem Schreiben vom 8., 12. und 16. März 1906 zu erkennen gegeben habe, daß er den beabsichtigten Kaufvertrag auch notariell beurkundet zu sehen wünsche. Indessen fehle es — so ist erwogen — aus der Zeit bis zum 19. März 1906 bis zu dem Tage, an dem die Willenseinigung erzielt worden sei, an jeder irgendwie zustimmenden Erklärung von seiten des Beklagten. Eine Beurkundungsabrede sei daher bis dahin zwischen den Parteien jedenfalls nicht getroffen worden und nur im Falle einer solchen Verabredung hätte von einer Anwendbarkeit des BGB. § 154 Abs. 2 die Rede sein können. Unter diesen Umständen könne dahingestellt bleiben, ob nicht der Kläger durch seine Schreiben vom 12. und 16. März 1906 dem Beklagten genügend zu erkennen gegeben habe, daß die von ihm gewünschte Beurkundung nicht Voraussetzung für die Perfektion des Vertrages sein, sondern nur des Beweises halber folgen solle.

Nun hat allerdings der Beklagte vor dem 19. März 1906 nicht ausdrücklich eine zustimmende Erklärung zu der von dem Kläger in den Briefen vom 8., 12. und 16. März gewünschten notariellen Beurkundung des Vertrages abgegeben; er hat aber auch nicht widersprochen. Vielmehr beweist sein späteres Verhalten, das einen Rückschluß auf die vorherige Willensrichtung gestattet, daß der Beklagte mit der notariellen Beurkundung einverstanden war. Mit Brief vom 16. März 1906 hatte nämlich Kläger einen Vertragsentwurf eingeschickt und verlangt, daß Beklagter ihn ‚ohne jeglichen Vorbehalt‘ annehme. In dem § 8 dieses Vertragsentwurfes war bestimmt: ‚Kosten dieses Vertrages trägt Herr Müller.‘ Indem nun Beklagter durch Depesche antwortete: ‚Nehme Vertrag fest an. Brief unterwegs‘, nahm er zugleich — so ist wenigstens anzunehmen, falls nicht aus besonderen Umständen ein abweichender Wille zu folgern ist — die Vertragsbedingung der notariellen Beurkundung an. Diese seine Willensmeinung kam dann auch in dem Briefe vom 19. März, auf den die Depesche Bezug nahm, dadurch zum klaren Ausdrucke, daß er zur Vermeidung unnötiger Kosten die unmittelbare ‚Auflassung‘ auf die Gewerkschaft Westfalen verlangte, womit offenbar gemeint war, daß diese in der notariellen Urkunde als Käuferin aufgeführt würde. Die weiteren Briefe der Parteien vom 20. und 22. März, in denen von der Aufnahme des notariellen Vertrages durch Justizrat L. die Rede ist, können zur Erklärung der bereits vor dem Vertragsabschluß gehegten Willensmeinung der Vertragschließenden dienen. Es beruht daher auf teils unvollständiger, teils rechtlich unzutreffender Würdigung der Sachlage, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß die Beurkundungsabrede erst nach der Willenseinigung getroffen worden sei; vielmehr ist sie spätestens gleichzeitig mit der Willenseinigung erfolgt und deshalb gemäß BGB. §§ 125 und 154 Abs. 2 als Bedingung der Gültigkeit des Vertrages anzusehen, wenn nicht festgestellt wird, was das Berufungs-

gericht dahingestellt sein läßt, daß die Beurkundung nur des Beweises wegen vereinbart worden ist, auf diese Feststellung kommt es somit an. Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die noch nicht spruchreife Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz war dem künftigen Endurteile vorzubehalten."

10. Begriff der „Krankheit"; angeblich falsche Beantwortug der Frage nach früheren Krankheiten in der Versicherungsdeklaration (BGB. § 157). Urt. vom 11. Okt. 07, VII 49/07.

„... Zu 3a der Deklaration II wird gefragt: an welchen Krankheiten, Krankheitsfällen oder körperlichen Verletzungen der Versicherungsnehmer überhaupt jemals gelitten habe.

Die Antwort „nie krank oder ernstlich unwohl gewesen" ist nach der Annahme des Berufungsgerichts eine wissentlich unrichtige, weil sie das Leiden, an dem der Erblasser der Klägerinnen etwa sechs Monate vorher vom Sanitätsrat Dr. D. behandelt war, verschweige. Welcher Art dieses Leiden gewesen ist, ob es vom ärztlichen Standpunkte aus als hartnäckiger Lungenkatarrh oder nur als leichte Affektion zu bezeichnen ist, läßt das Berufungsgericht dahingestellt. Es führt aus, daß es der Versicherte in jedem Falle hätte erwähnen müssen, da nach dem maßgebenden Sprachgebrauche des täglichen Lebens ein Leiden, bei dem der Patient sieben Tage das Bett oder das Zimmer gehütet habe und in diesen sieben Tagen vom Arzte siebenmal und später noch viermal besucht worden sei, als „Krankheit" oder „ernstliches Unwohlsein" gelte.

Nach „Unwohlsein" ist aber in der Deklaration überhaupt nicht gefragt; ob das erwähnte Leiden als „ernstliches Unwohlsein" aufzufassen ist, ist deshalb nicht entscheidend. Von Bedeutung ist allein, ob das Leiden, da körperliche Verletzungen hier ausscheiden, objektiv eine Krankheit oder einen Krankheitszufall darstellt und ob es von dem Versicherungsnehmer subjektiv als Krankheit oder Krankheitszufall angesehen und deshalb die Frage unter Angabe dieses Leidens beantwortet werden mußte.

Nach beiden Richtungen hin ist nun allerdings nicht, wie die Revision meint, der medizinische Begriff „Krankheit" entscheidend, sondern nach der zutreffenden Annahme des Berufungsgerichts bestimmt sich dieser Begriff nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens. Eine technisch-medizinische Auskunft kann die Versicherungsgesellschaft vom Laien weder beanspruchen, noch vermag derselbe eine solche zu geben. Gleichwohl aber waren zur Feststellung darüber, ob das Leiden des Klägers als Krankheit aufzufassen ist, weitere Erörterungen, als sie vom Berufungsgericht gegeben sind, notwendig. Die Begründung, daß der Erblasser der Klägerinnen sieben Tage das Bett oder das Zimmer gehütet und die vorangegebenen ärztlichen Besuche erhalten habe, reichen auch bei einer vom Sprachgebrauche des täglichen Lebens ausgehenden Beurteilung nicht aus, die zuungunsten der Klägerinnen getroffene Feststellung zu rechtfertigen. Auf den Verlauf des Leidens mußte näher eingegangen werden, wobei schon der Umstand, ob der Verstorbene in den ersten sieben Tagen nur das Zimmer gehütet hat oder ob er im Bette hat bleiben müssen, von Erheblichkeit sein kann. Wenn tatsächlich nur eine leichte Affektion vorgelegen hat und die Ehefrau des Versicherten, wie im Schriftsatze vom 27. Aug. 1906 behauptet und unter Beweis gestellt ist, den befreundeten Arzt ohne Wissen und wider den Willen ihres Ehemannes zugezogen hat, der Arzt sich auch nur, weil er einen anderen Patienten in der Familie zu behandeln hatte, und als Freund des Verstorbenen für den Verlauf des Katarrhs interessiert hat, kann das sowohl für die Beurteilung darüber, ob der Erblasser der Klägerinnen im Sinne der gestellten Frage an einer Krankheit gelitten hat, als auch für das subjektive Verhalten des Versicherungsnehmers von erheblicher Bedeutung sein ..."

11. **Ausschluß des Anspruchs aus der Unfallversicherung, im Falle der Schaden nicht allein Folge des Unfalls ist** (BGB. § 157). Urt. vom 22. Okt. 07, VII 24/07.

„Wenn es auch angemessen erschien, der Klägerin für die Revisionsinstanz das Armenrecht zu bewilligen und durch Urteil zu entscheiden, so konnte dem Rechtsmittel doch keine Folge gegeben werden. Der Berufungsrichter stellt fest, daß der Versicherte an dem Tage des Sturzes, nämlich am 30. Januar 1901, bereits an tabes dorsalis gelitten habe, daß die Krankheit aber in den allerersten Stadien der Entwicklung sich befunden habe und vielleicht noch lange latent und stationär geblieben wäre, ohne auf die Erwerbsfähigkeit des Versicherten einen Einfluß auszuüben, daß sonach dessen plötzliche Erwerbsunfähigkeit durch eine traumatische Steigerung der tabes infolge des Sturzes herbeigeführt worden sei. Es nimmt aber auch weiter an, daß der Unfall an und für sich nicht zur Erwerbsunfähigkeit des Klägers geführt haben würde, wenn nicht die tabes vorhanden gewesen wäre, und gelangt zu dem Ergebnis, daß der Zustand des Versicherten nicht durch den Unfall allein verursacht worden sei, sondern nur in dessen Verbindung mit bereits bestehender tabes, also beeinflußt durch diese Krankheit, und daß daher gemäß § 1 der Bedingungen der Versicherungsfall nicht gegeben sei. Diese Ausführung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Wenn die Beklagte nach dem unzweideutigen Wortlaut ihrer Bedingungen, welche die Grundlage des Versicherungsvertrages bilden, nicht haften will, sofern zu dem schadenbringenden Zustande ein von dem Unfall unabhängiger Umstand, insbesondere Krankheit, mitgewirkt hat, so ist die Anwendung dieser Bestimmung auf einen Fall nicht zu mißbilligen, in welchem lediglich eine bereits in dem Körper des Versicherten schlummernde schwere Krankheit den ungünstigen Verlauf der Sache herbeigeführt hat, während ohne diese Krankheit das als Unfall gekennzeichnete Ereignis weitere Folgen nicht gehabt haben würde. Es ist richtig, daß eine streng wörtliche Auslegung der in der Police gegebenen Definition des Unfalls zu einer mit dem Versicherungszweck unvereinbaren Einschränkung der Haftpflicht führen würde. Andrerseits ist eine Auslegung zu verwerfen, die auf eine Beseitigung der nun einmal gezogenen Grenze der Haftung hinauslaufen würde. Auf die Umstände des Einzelfalls wird es ankommen, ob noch gesagt werden kann, daß der Unfall die alleinige, im wesentlichen nicht durch sonstige mitwirkende Ursachen beeinflußte Ursache des Todes oder der Invalidität des Verletzten gewesen sei. Dies ist schon in dem Urteile des erkennenden Senats vom 19. Febr. 07 (VII 200/06) ausgeführt, in welchem es sich darum handelte, ob bei vor dem Unfall vorhanden gewesenem Krebsleiden dieses als die den Versicherungsfall ausschließende Mitursache des Todes des Versicherten zu betrachten sei. Der Berufungsrichter hatte die Frage bejaht und dem ist der Senat gefolgt, indem darauf hingewiesen wurde, daß der getroffenen Entscheidung nicht andere scheinbar abweichende Entscheidungen entgegengehalten werden könnten; das Urteil sei nach Lage des einzelnen Falles zu sprechen. Findet sich daher in einer Reihe von Urteilen der Ausspruch, daß der Unfall als die direkte und ausschließliche Ursache des Todes oder der Erwerbsunfähigkeit auch dann bezeichnet werden könne, wenn durch Alter, allgemeine Kränklichkeit, Schwäche einzelner Organe und andere im Laufe der Versicherungsperiode eingetretene natürliche Zustände eine besondere Empfänglichkeit des Körpers für die nachteiligen Einwirkungen des Unfalls vorhanden gewesen sei (vgl. das Urt. vom 12. Febr. 07 — VII 198/06 — und die dort angeführten weiteren Urteile), so hat damit keine überall und gleichmäßig zu beachtende Regel aufgestellt werden sollen. Im gegenwärtigen Prozesse liegt die Sache so, daß erst die Krankheit, die tabes dorsalis, dem Unfall das Gepräge eines schadenbringenden Ereignisses gegeben hat. Wollte man hier dem Unfall trotz der Bestimmung in der Police die Bedeutung der alleinigen Ursache der eingetretenen nachteiligen Folgen beimessen, so würde man jene Bestimmung überhaupt ausschalten. Darum versagt der gegen die Auslegung

des § 1 der Bedingungen gerichtete Revisionsangriff. Auch was die Revision im übrigen vorbringt, ist nicht geeignet, die Entscheidung des Berufungsrichters zu erschüttern. Der Berufungsrichter erachtet nicht für erwiesen, daß die tabes durch den Unfall erst verursacht worden sei, und bezieht sich dafür auf das Gutachten des Professors B. Daß den Versicherten in diesem Punkte die Beweislast trifft, ist unbedenklich. Wenn er behauptet, die tabes sei eine Folge des Unfalls, so hat er dies darzutun. Der Berufungsrichter sieht den Beweis nicht als geführt an und lehnt die Vernehmung anderweiter Sachverständiger ab. Daß die Begründung für die Ablehnung nicht schlüssig sei, kann der Revision nicht zugegeben werden. Die Meinung des Berufungsrichters ist ersichtlich, daß neue Sachverständige beim Mangel irgend welcher Momente, die objektiv für traumatische tabes sprechen, höchstens die Möglichkeit einer solchen begutachten könnten, daß dies aber nicht genüge, um den der Klägerin obliegenden Beweis zu erbringen. Die Begründung ist durchaus schlüssig. Im übrigen stand es bei dem Berufungsrichter, ob er noch andere Gutachter hören wollte oder nicht. Die Revision macht schließlich dem Berufungsrichter den Vorwurf, daß er den Policenachtrag, nach welchem gewisse zu einer unbedeutenden Hautverletzung hinzutretende infektiöse Krankheiten unter die Versicherung fallen sollen, unberücksichtigt gelassen habe. Es erhellt jedoch nicht, inwiefern aus dieser besonderen Beredung, die den Kreis der unter die Versicherung fallenden Unfälle erweitern sollte, etwas zugunsten der Klägerin folgen könnte. Die Revision mußte daher zurückgewiesen werden, ohne daß in die von der Beklagten angeregte Prüfung der Frage, ob die vorgeschriebene Unfallanzeige rechtzeitig erstattet worden sei, einzutreten war."

12. **Unrichtige Beantwortung der in einem Versicherungsantrag gestellten Fragen; Niederschrift der Antworten durch den Versicherungsagenten** (BGB. § 157). Urt. vom 25. Okt. 07, VII 26/07.

„. . . Der Berufungsrichter hat auch den aus der unrichtigen Beantwortung der Fragen des Versicherungsantrages entnommenen Einwand der Beklagten verworfen. Der zu diesem Punkte von der Revision erhobene Angriff erscheint begründet. Der Berufungsrichter unterstellt, daß das vom Erblasser der Klägerinnen betriebene Fuhrgeschäft ein Nebenberuf im Sinne der Versicherungsbedingungen sei; er unterstellt ferner die Richtigkeit der bestrittenen Behauptung, daß der Verstorbene nicht nur „im Notfall“ oder gelegentlich, sondern regelmäßig praktisch mitgearbeitet habe. Er erachtet aber die hiernach objektiv unrichtige Beantwortung der im Tatbestande mitgeteilten Fragen als entschuldigt, weil der Erblasser sich in einem verzeihlichen Irrtum über den Sinn und die Tragweite der Fragen befunden habe. Die Fragen hätten allgemein wahrnehmbare und bekannte Tatsachen zum Gegenstande gehabt und wären daher vom Agenten S. ebensogut zu beantworten gewesen, wie vom Versicherten selbst. Zwar habe der Agent das Formular nicht selbständig ausgefüllt, sondern dem Verstorbenen die einzelnen Fragen zur Beantwortung vorgelegt und die Antworten niedergeschrieben; er habe aber jedenfalls durch unrichtige oder ungenaue Auskunftserteilung den Antragsteller veranlaßt, die Fragen nicht vollständig oder anders, als es hätte geschehen sollen, zu beantworten. Dies wird daraus hergeleitet, daß der Agent nach seiner Bekundung den Fuhrbetrieb nicht als Nebenberuf angesehen und die praktische Mitarbeit des Versicherten nur als eine „gelegentliche“ im Hinblick auf die tarifmäßigen Gefahren und Prämienklasse betrachtet habe. Wenn er es aus dieser Anschauung heraus unterlassen habe, den Versicherten gehörig und richtig zu belehren, so habe sein Verhalten die unrichtigen Antworten veranlaßt. Bedenklich ist bei dieser Begründung, mit der die unrichtige Beantwortung der Fragen entschuldigt wird, zunächst, daß angenommen wird, es habe sich um allgemein bekannte Dinge gehandelt — womit ersichtlich auf die Ausführungen in dem Urteile des erkennenden Senats vom 30. März 00 (RGZ. 46, 189) hin-

gewiesen wird, nach denen es entschuldbar ist, wenn der Versicherte die Beantwortung solcher Fragen ohne weitere Nachprüfung dem Agenten überläßt, die nicht aus seinen persönlichen Verhältnissen und seinem eigenen besonderen Wissen zu beantworten sind. Im gegenwärtigen Falle betraf aber die Frage die Beschäftigung des Versicherten, namentlich seine individuelle Betätigung im Betriebe der Landwirtschaft, also Dinge, die gerade seine persönlichen Verhältnisse angehen und von denen sich nicht ohne weiteres sagen läßt, daß sie dem Agenten ebensogut bekannt gewesen seien oder von ihm ebensogut hätten festgestellt werden können, wie von dem Antragsteller selbst oder auch einer dritten Person. Sodann hatte der Verstorbene die Beantwortung nicht dem Agenten überlassen; er hatte selbst geantwortet und nur die Niederschrift der Antworten erfolgte durch den Agenten. Auch könnte die unrichtige Auffassung des letzteren das Verhalten des Erblassers nur erklären, wenn dieser von der gleichen Auffassung ausgegangen wäre, was, soweit die Gefahren und Prämienklasse in Betracht kommt, ausgeschlossen erscheint. Es läßt sich indessen zugunsten des Erblassers geltend machen, daß er das Fuhrgeschäft nicht als einen Nebenberuf, vielmehr als einen selbstverständlichen Teil des landwirtschaftlichen Betriebes angesehen und daß er sich, zumal ihn der Agent nicht eines Besseren belehrte, für berechtigt gehalten habe, diesen Zweig seiner Tätigkeit als unter der Landwirtschaft mitbegriffen, nicht besonders zu erwähnen und sonach die Frage nach einem Nebenberufe zu verneinen. Ferner würde sich anführen lassen, daß er die Frage nach der praktischen Mitarbeit in der Landwirtschaft richtig beantwortet habe — obwohl dafür bisher nichts vorliegt — und daß der Agent der richtigen Antwort von seiner Anschauung aus eine unrichtige Fassung gegeben habe. Allein die Begründung des Berufungsurteils versagt jedenfalls in einem anderen, anscheinend nicht beachteten Punkte. Der Verstorbene hatte auf den weiteren Teil der Frage 6e, ob er mit Pferden und Fuhrwerk usw. in Berührung komme, geantwortet, daß er mit Pferden nur in Aufsicht in Berührung komme. Diese Antwort war, wenn das von der Beklagten über den Fuhrbetrieb Behauptete richtig ist, falsch; der Verstorbene besorgte die Steinfuhren selbst, er beaufsichtigte nicht einen Kutscher, sondern war selbst Lenker des Gespanns, wie er denn auch als solcher verunglückt ist. Die Frage war nicht mißzuverstehen. Es konnte dem Versicherten auch nicht entgehen, daß es der Beklagten auf eine richtige Beantwortung der Frage ankommen mußte, weil die unmittelbare Beschäftigung mit Pferden und Fuhrwerk die Unfallgefahr gegenüber der bloßen Aufsichtstätigkeit erhöht. Wenn er trotzdem die Frage unrichtig beantwortete, so fehlt es dafür an jeder Entschuldigung. Sie würde auch nicht durch eine — übrigens nicht behauptete — pflichtwidrige Belehrung des Agenten, daß die Antwort ausreiche, zu erbringen sein. In dem Berufungsurteil ist eine Rechtfertigung für das Verhalten des Erblassers der Klägerinnen bei Beantwortung dieses Teils der Fragen nicht zu finden. Deshalb unterlag es der Aufhebung. In der Sache selbst konnte nicht entschieden werden, weil über die Beteiligung des Verstorbenen an dem Fuhrwerksbetriebe noch nichts Näheres festgestellt ist. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

13. Ist der Teilnehmer an einem Kartellvertrage verpflichtet, seinen Geschäftsnachfolger zur Einhaltung der Kartellabreden zu veranlassen? (BGB. § 157). Urt. vom 2. Nov. 07, I 10/07.

„. . . Eine allgemeine Rechtsregel, wonach bei Kartellverträgen die beteiligten Industriellen nicht nur für ihre Person an die getroffenen Vereinbarungen gebunden, sondern auch verpflichtet sind, bei etwaigen Veräußerungen ihrer Betriebsstätten dafür zu sorgen, daß die Kartellabreden auch von ihren Nachfolgern eingehalten werden, läßt sich nicht aufstellen. Dafür sind die in Betracht kommenden Verhältnisse zu verschiedenartig. Wenn in die Kartell-

verträge häufig darauf abzielende Bestimmungen aufgenommen werden, so rechtfertigt dies keineswegs den Schluß, daß sie sich für Verträge, in denen dies nicht geschieht, von selbst verstehen . . ."

14. **„Besserungsklausel"** (BGB. §§ 133, 157). Urt. vom 2. Nov. 07, I 23/07.

Der Beklagte hatte sich verpflichtet, 30 % seiner Schuld in zwei Terminen und den Restbetrag dann zu zahlen, wenn er in günstigere Vermögensverhältnisse kommen würde. Parteien streiten sich namentlich darüber, ob der Beklagte zur Leistung von Teilzahlungen anzuhalten sei.

Aus den Gründen:

„Welchen Sinn die sog. Besserungsklausel hat, insbesondere ob sie den Schuldner zu Teilzahlungen verpflichtet, ist eine nach der jeweiligen Lage des einzelnen Falles zu beantwortende Auslegungsfrage. In vielen Fällen werden die Vertragsparteien die Vereinbarung dahin verstehen, daß der Eintritt einer besseren Vermögenslage, welche dem Schuldner Teilzahlungen gestattet, diesen auch zu solchen Zahlungen verbinden soll. Wenn aber in dem zur Entscheidung stehenden Falle das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der ersten Instanz unter Würdigung der in Betracht kommenden Umstände, ohne daß irgend ein Verstoß gegen Auslegungsnormen erkennbar wäre, zu dem Ergebnisse gelangt ist, daß der Beklagte eine Verpflichtung zu Teilzahlungen nicht übernommen habe, so mußte der gegen diese Feststellung von der Revision gerichtete Angriff wirkungslos bleiben."

15. **Vinkulation** (BGB. §§ 150, 267; HGB. § 379). Urt. vom 29. Okt. 07, II 196/07.

„. . . Soweit in den Gründen des Berufungsurteils die Einwendungen der Beklagten, sie habe die Vinkulation nicht angenommen, ev. sie sei wegen Mängel der Ware zur Kürzung des von dem Kläger geforderten Betrages berechtigt, als unzutreffend zurückgewiesen sind, liegen Bedenken nicht vor, und sind Angriffe nicht erhoben. Rechtlich zu beanstanden ist aber die Begründung, womit der Klaganspruch selbst als gerechtfertigt erklärt ist. Das Oberlandesgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß für den Klageanspruch von entscheidender Bedeutung der Satz in dem Vinkulationsbriefe des Klägers ist, der dahin lautet: ‚Solange die Honorierung der obengedachten Tratte nicht erfolgt ist, bin ich kraft meines Vorschusses Eigentümer der Ware, welche bei Ihnen kommissionsweise zu meiner eigenen Verfügung verbleibt', in Verbindung mit dem Umstande, daß diesem Brief ein Duplikat des von dem Kläger als Absender der Eier unterschriebenen Frachtbriefes beigefügt war. Es hat den Satz in dem Sinne aufgefaßt, als habe der Kläger damit in einer für die Beklagte erkennbaren Weise erklärt, er habe nicht nur den Besitz und die Verfügungsgewalt über die Ware erlangt, sondern sei auch ihr Eigentümer und halte bis zur Honorierung der auf die Beklagte gezogenen Tratte diese Rechte aufrecht. Das Oberlandesgericht hat hierin ein Vertragsangebot des Klägers an die Beklagte erblickt und hierzu ausgeführt, die Beklagte habe durch Annahme der nach Empfang des Vinkulationsbriefes zu ihren Händen gelangten Sendung und durch Verfügung über sie, entsprechend der Verkehrssitte und dem Grundsatze von Treu und Glauben im Verkehr, das Angebot angenommen, wodurch ein Schuldverhältnis zwischen ihr und dem Kläger zur Entstehung gekommen sei, inhaltlich dessen nunmehr der Kläger von der Beklagten die Einlösung der Tratte verlangen könne. Diese Begründung läßt zunächst nicht ersehen, ob der Berufungsrichter auch dabei in Betracht gezogen hat, daß nach dem Wortlaute des Vinkulationsbriefes bis zur Bezahlung der Tratte die Ware bei der Beklagten kommissionsweise zur Verfügung des Klägers verbleiben sollte, eine Bestimmung, die von erheblicher Bedeutung sein kann. Denn einmal könnte sie dahin verstanden werden, daß damit der Kläger für den Fall der Nichthonorierung der Tratte selbst den Standpunkt der Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrages für sich geltend mache, indem er, weil die ge-

schehene Zusendung der Ware ein Bewirken der Leistung an Stelle des Verkäufers sei (BGB. § 267 Abs. 1), von der Beklagten nach dem HGB. § 379 Empfangnahme und Aufbewahrung der Ware beansprucht, und sodann läßt sie auch die Auffassung zu, daß damit der Kläger der Beklagten die Befugnis einräumen wollte, die Ware, auch wenn sie die Tratte nicht zu honorieren gesonnen sein sollte, in Empfang zu nehmen und sich als seine Verkaufskommissionärin zu betrachten, so daß Verfügungen über die Ware nur als Zuwiderhandlungen gegen die Pflichten des Kommissionärs zu betrachten wären, nicht aber als stillschweigende Übernahme der Verpflichtung, den klägerischen Vorschuß zu bezahlen. Sodann ist aber auch die Begründung des Oberlandesgerichts bei der von ihm jenem Satze in dem Vinkulationsbriefe gegebenen Auslegung nicht schlüssig. Denn wenn der Kläger der Beklagten die Ware mit der Maßgabe angeboten hat, er behalte sich bis zur Bezahlung der Tratte sein Eigentums- und Verfügungsrecht über die Ware vor, so handelt es sich um das Angebot einer dinglichen Leistung gegen eine dingliche Leistung, der Kläger gibt seine Rechte zugunsten der Beklagten unter der Bedingung auf, daß sie zahle, solange nicht Zahlung erfolgt, soll die Ware dem Kläger verbleiben. Eine Annahme dieses Angebots seitens der Beklagten ist nur möglich durch Honorierung des Wechsels, nicht aber durch Verfügung über die Ware. Wenn das Oberlandesgericht aus letzterem Umstande eine Zahlungsverpflichtung herzuleiten versucht hat, so hat es in Verletzung des BGB. § 150 Abs. 2 übersehen, daß darin gegenüber der klägerischen Offerte, welche Zahlung realiter verlangt, eine Annahme unter einer Einschränkung enthalten ist, die als Ablehnung mit einem neuen Antrage anzusehen ist, dessen Annahme seitens des Klägers nicht festgestellt, durch seine Telegramme direkt widerlegt ist. Mit dem vom Berufungsrichter unter Gesetzesverletzung konstruierten Vertragsverhältnis fällt seine Entscheidung. Der erkennende Senat befindet sich hierbei nicht im Widerspruche mit der vom Berufungsrichter angerufenen Entscheidung des 7. Zivilsenats in RGZ. 54, 213, die auf Grund der Feststellung erging, daß der Vinkulant der Gegenpartei die Ware unter dem Beding ihrer Bereitwilligkeit, sie ihm zu bezahlen, angeboten hat.

Hiernach könnte es sich noch fragen, ob und inwieweit der Klageanspruch aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes oder der ungerechtfertigten Bereicherung gerechtfertigt wäre. In ersterer Beziehung hat nun zwar das Oberlandesgericht ausgeführt, es fehle zur Annahme einer unerlaubten Handlung der Beklagten dem Umstande gegenüber, daß nach dem Vinkulationsbriefe die Annahme der Vinkulation durch Annahme der vinkulierten Ware habe erfolgen sollen an einem zureichenden Grunde, da man bei den Inhabern der Beklagten als verständigen Kaufleuten eine solche Handlungsweise nicht unterstellen könne. Diese Begründung ist aber nicht erschöpfend. Denn sie läßt nicht ersehen, daß dabei der Schlußsatz des Vinkulationsbriefes, wonach bis zur erfolgten Zahlung die Eier bei der Beklagten kommissionsweise zur Verfügung des Klägers verbleiben sollten, berücksichtigt ist, und ferner ist in dem Berufungsurteil nicht festgestellt, ob die Beklagte vor oder nach Empfang der Telegramme des Klägers, die sie über dessen Willen aufklärten, über die Ware verfügt hat. Diese Punkte können aber die Beurteilung der Handlungsweise der Beklagten beeinflussen. Endlich könnte auch eine Schadensersatzpflicht der Beklagten aus dem Gesichtspunkte der Verletzung einer Verwahrungsverpflichtung in Frage kommen . . ."

16. Teilung eines Nachlaßgrundstückes unter minderjährigen, nur durch einen einzigen Pfleger vertretenen Miterben (BGB. §§ 181, 1775, 1822, 2042, 753, 362). Beschl. vom 9. Nov. 07, V B 154/07.

„Der 1905 zu München verstorbene Schlossermeister S. hat als Erben hinterlassen seine Witwe, seinen großjährigen Sohn Johann und vier noch minderjährige Kinder. Die Erben haben sich durch notariellen Vertrag vom 2. Mai 1907 über das zum Nachlasse gehörige Anwesen auseinandergesetzt und

bestimmt, daß dieses ihnen nach der Größe der Erbteile als Miteigentum zu Bruchteilen zustehen solle. Dementsprechend haben die Beteiligten die Auflassungserklärungen dahin abgegeben, daß das Eigentum zu 1/4 auf die Witwe S. und zu je 3/20 auf die fünf Kinder übergehen solle. Bei Abschluß des Vertrages und Abgabe der Auflassungserklärungen sind die vier minderjährigen Kinder durch einen Pfleger vertreten gewesen. Die Verhandlungen sind vormundschaftlich genehmigt worden.

Das Amtsgericht M. I hat durch Bf. vom 13. Juli 07 die beantragte Eintragung des Eigentumsübergangs abgelehnt, weil es nach dem BGB. § 181 der Bestellung eines besonderen Pflegers für **jedes** der vier minderjährigen Kinder bedurft habe. Das Landgericht M. I hat die von der Witwe S. und dem Pfleger eingelegte Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Es ist von der Witwe S. weitere Beschwerde beim Bayerischen Obersten Landesgerichte eingelegt. Auch dieses erachtet die Beschwerde für unbegründet und würde sie zurückweisen, es sieht sich hierin jedoch durch den Beschluß des OLG. C., mitgeteilt in OLG. 6, 39 behindert, und hat deshalb die weitere Beschwerde dem Reichsgericht vorgelegt. — In Übereinstimmung mit dem OLG. zu M. muß die weitere Beschwerde für unbegründet erachtet werden.

Das Anwesen stand im Gesamteigentum der Erben und es sollte durch den notariellen Vertrag in Bruchteilseigentum der einzelnen Miterben umgewandelt werden. Den Gegenstand des Vertrags bildet daher eine teilweise Erbauseinandersetzung, und es bedurfte für die Umwandlung des Gesamteigentums in Bruchteilseigentum (RGZ. 57, 432) der Auflassung. Bei dem Vertrage wie bei der Auflassung gab der Pfleger als Vertreter eines jeden einzelnen Mündels die erforderlichen Erklärungen ab und nahm solche zugleich als Vertreter der übrigen Mündel entgegen. Er schloß jene Rechtsgeschäfte mithin ab im Namen jedes einzelnen Mündels mit sich als gleichzeitigem Vertreter auch der übrigen Mündel. Dies war nach der ausdrücklichen Vorschrift des BGB. § 181 unstatthaft, sofern entweder:

a) dem Pfleger nicht ein anderes gestattet war, oder
b) das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand.

Daß die Vorschrift des § 181 auch für den Vormund und den Pfleger gilt, kann nicht zweifelhaft sein; beide sind ‚Vertreter‘ des Mündels, da ihnen kraft Gesetzes ‚Vertretungsmacht‘ zusteht. Überdies ist in dem BGB. § 915 bestimmt, daß auf die Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, und es ist dann in § 1795, nachdem zunächst für einzelne Fälle die Vertretungsbefugnis des Vormundes eingeschränkt worden, ausdrücklich hervorgehoben, daß im übrigen

‚die Vorschrift des BGB. § 181 unberührt bleibe.‘

Es kann sich daher nur fragen, ob einer jener beiden in dem BGB. § 181 vorgesehenen Ausnahmefälle hier vorliegt. Auch dies ist zu verneinen.

Dem Pfleger war zunächst nicht ‚gestattet‘, den Vertrag für die mehreren Mündel abzuschließen. Unerheblich ist der Umstand, daß der der Auflassung zugrunde liegende Vertrag vormundschaftlich genehmigt ist. Von der vormundschaftlichen Genehmigung hing (BGB. § 182) die Wirksamkeit des Vertrages ab, die Genehmigung mußte zu der Erklärung des Pflegers hinzutreten, es bedurfte der genehmigten **und** der genehmigenden Erklärung, wenn anders der Vertrag für die Mündel überhaupt wirksam werden sollte. Die Genehmigung erfüllte das Erfordernis des BGB. § 1822 Nr. 2, allein so wenig sie eine Anfechtung der Erklärung des Pflegers wegen eines Willensmangels hindern konnte, ebensowenig konnte sie einen nach Lage der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift im Einzelfalle vorhandenen Mangel in der Vertretungsmacht beseitigen. Sondervorschriften, die dem vormundschaftlichen Gerichte die Ermächtigung gaben, für die rechtsgeschäftliche Vertretung der mehreren Mündel eine Ausnahme von der Vorschrift des BGB. § 181 zu gestatten oder durch die eigene Genehmigung dem Mangel abzuhelfen, enthält das BGB. nicht.

In dieser Beziehung ist insbesondere auch nicht die Vorschrift des § 1775 von Bedeutung, wonach der Regel nach für mehrere Geschwister nur ein Vormund bestellt werden soll; sie schließt nicht aus, daß verschiedene Vormünder oder Pfleger für die einzelnen Mündel bestellt werden müssen, sofern dies durch die Umstände des Falles geboten ist. Dies aber war vorliegend mit Rücksicht auf die Vorschrift in § 181 a. a. O. der Fall. Bloße Zweckmäßigkeitsgründe können nach Lage der Gesetzgebung eine abweichende Auffassung nicht rechtfertigen. Auch Dernburg, der in seinem Bürgerlichen Recht 1, 557 Anm. 5 die Ansicht des OLG. C. als zweckmäßig bezeichnet, betont, daß die Schranken des § 181 auch für die gesetzlichen Vertreter gelten, und er erklärt insbesondere in Bd. 4 S. 372 Anm. 8 bezüglich der Erbauseinandersetzung unter den Geschwistern, daß jeder Teil einen besonderen Vertreter haben müsse. Die gleiche Auffassung wird durchweg auch sonst in der Literatur (Planck, 3. Aufl., 1, 316; 3, 673; Staudinger, 2. Aufl. 1, 505; Goldmann und Lilienthal, 2. Aufl., 1, 204) vertreten, und sie entspricht auch (Jahrb. f. Entsch. des Reichsgerichts 2 A S. 34, 101, 280; 23 A 89) der ständigen Rechtsprechung des Kammergerichts. Eine abweichende Auffassung liegt auch nicht den Entsch. des Reichsgerichts (RGZ. 58, 299 und 61, 139) zugrunde. Hier handelt es sich für bestimmte Fälle um rechtsgeschäftliche Befugnisse des Testamentsvollstreckers, die aus dem mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung vom Erblasser verfolgten Zwecke und damit auch dem Willen des Erblassers selbst hergeleitet wurden. Für den vorliegenden Fall können solche Erwägungen nicht Platz greifen. Liegt hiernach der erste Ausnahmefall des § 181 nicht vor, so fehlt es weiter auch an den Voraussetzungen für den zweiten Ausnahmefall. Die Teilung des Anwesens bildete kein ‚Rechtsgeschäft, das ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand'. Die gegenteilige Auffassung, die in der DJZ. 02, 267 vertreten ist, findet im Gesetze keine Stütze. Das Anwesen stand im Gesamteigentum der Miterben, ein Anspruch auf Umwandlung in Bruchteilseigentum stand keinem Erben zu. Der einzelne Miterbe konnte (BGB. §§ 2042, 753) lediglich zwecks Auseinandersetzung die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung beanspruchen, nicht aber Zuteilung von Bruchteilseigentum. Sollte letzteres durch Vertrag und Auflassung geschaffen werden, so handelte es sich weder überhaupt noch ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit, es wurde nicht (BGB. § 362) eine geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt und dadurch ein Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht.

Hiernach war die weitere Beschwerde in Übereinstimmung mit der Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts als unbegründet zurückzuweisen."

17. **Verjährungsfrist für gesetzliche Zinsen** (BGB. § 197). Urt. vom 4. Nov. 07, IV 122/07.

„. . . Nach BGB. § 197 verjähren Ansprüche auf Rückstände von Zinsen in vier Jahren. Diese Vorschrift erstreckt sich auch auf Rückstände an gesetzlichen Zinsen . . ."

18. **Eigenes Verschulden des Fahrgastes durch Abspringen von einem fahrenden Eisenbahnzuge** (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 4. Nov. 07, VI 41/07.

„Der Kläger versuchte am 14. Oktober 1905 auf der Eisenbahnhaltestelle A. von dem unteren Trittbrett des Wagens abzuspringen, nachdem sich der Zug bereits wieder in Bewegung gesetzt hatte, wurde aber von dem Schaffner D., dem es unmöglich und nicht rätlich erschien, ihn auf dem Wagen zurückzuhalten, daran gehindert, indem dieser ihn an den Armen faßte und auf die Erde setzte. Dabei erlitt der Kläger einen Knöchelbruch am rechten Fuße, für dessen Folgen er sowohl auf Grund des HaftpflG. wie auf Grund der Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen von dem Beklagten Schadensersatz forderte. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Es ver-

neint, daß den Beklagten oder den D. ein Verschulden treffe, läßt es dahingestellt, ob nicht schon darin ein Verschulden des Klägers zu finden ist, daß er sich beim Fertigmachen zum Aussteigen säumig verhalten hat, erblickt aber darin ein grobes Verschulden, daß er es wagte, vom fahrenden Zuge abzuspringen, besonders deswegen, weil er schwer bepackt war, indem er einen Quersack umhängen hatte und in der einen Hand einen Knüttel und einen Koffer, in der andern Hand einen Dreschflegel und eine Sense trug. Es führt dazu aus, beim Vorliegen eigenen Verschuldens des Verletzten sei demnach eine Schadensersatzpflicht nach HaftpflG. § 1 nicht gegeben, für die Anwendung des BGB. § 254 Abs. 1 sei kein Raum.

Gegen diesen letzteren Satz wendet sich zunächst die Revision und bezeichnet ihn als mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Widerspruch stehend. In seiner abstrakten Fassung gibt er allerdings der Annahme Raum, das Berufungsgericht habe die Anwendbarkeit des § 254 auf die Fälle des HaftpflG. grundsätzlich verneinen wollen, und dies würde rechtsirrig sein. Der Satz ist aber wohl dahin zu verstehen, daß nach den konkreten Umständen des Falles die Betriebsgefahr dergestalt zurücktrete gegenüber dem schuldvollen Verhalten des Klägers, daß dieser den Schaden allein zu tragen habe. Jedenfalls ist im Endergebnis dem Berufungsgericht beizutreten; denn die Prüfung des festgestellten Sachverhältnisses, die Abwägung des in hohem Maße schuldvollen Verhaltens des Klägers mit der durch keine besonderen Umstände, insbesondere nicht durch ein Verschulden des Beklagten oder des D. erhöhten Betriebsgefahr muß dazu führen, dem Kläger jeden Anspruch auf Schadensersatz zu versagen.

Die Revision vertritt die Meinung, daß jedenfalls dann eine dem Kläger günstigere Beurteilung einzutreten habe, wenn er ohne eigenes Verschulden in die Lage gekommen sein sollte, erst im Augenblick des Wiederabfahrens des Zuges die Plattform und das Trittbrett des Wagens zu betreten; sein Wunsch, an dem erreichten Ziel auszusteigen und die durch die Weiterfahrt entstehenden Unbequemlichkeiten, auch mit der Bahnverwaltung, abzuschneiden, sei dann gewiß nicht unberechtigt. Allein dieser Auffassung kann bei der großen Gefährlichkeit des Vorhabens des Klägers, besonders da er in seiner Bewegungsfreiheit sehr behindert war, nicht beigetreten werden. Der erkennende Senat trägt aber auch kein Bedenken, die vom Berufungsgericht unbeantwortet gelassene Frage, ob nicht schon in dem säumigen Verhalten des Klägers ein Verschulden zu erblicken ist, zu bejahen. Es handelt sich um eine Haltestelle, an der, wie jedermann weiß, der Zug nur ganz kurze Zeit hält; die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet daher, daß der Fahrgast sein Gepäck und die sonstigen von ihm mitgeführten Sachen im Augenblick des Anhaltens des Zugs bei der Hand hat, um ohne Verzug aussteigen zu können. Dieser Verpflichtung ist der Kläger nicht nachgekommen; das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme einwandfrei festgestellt, daß er — ebenso wie die drei rechtzeitig ausgestiegenen Fahrgäste — seit dem im Wagen durch D. erfolgten Abrufe der Haltestelle hinreichende Zeit hatte, sich zum Aussteigen fertig zu machen und den Wagen, noch bevor sich der Zug in Bewegung gesetzt hatte, vollständig zu verlassen. Hiernach ist es lediglich eine Folge seines eigenen schuldhaften Verhaltens, daß er das Trittbrett erst betrat, als der Zug sich bereits in Bewegung gesetzt hatte . . ."

19. Unfall beim Abspringen von einem fahrenden Straßenbahnwagen (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 28. Okt. 07, VI 38/07.

„. . . Daß das Abspringen von einem in Fahrt begriffenen Straßenbahnwagen, von besonders gearteten Ausnahmefällen abgesehen, ein Verschulden des Fahrgastes darstellt, ist vom Berufungsgericht mit Recht angenommen.

Dieses mitwirkende eigene Verschulden des Klägers ist gegen die den Grund der Haftung der beklagten Betriebsunternehmerin nach RHaftpflG. § 1 bildende Betriebsgefahr der Straßenbahn gemäß BGB. § 254 abzuwägen.

Bei dieser Abwägung kommt dem Kläger, wie die Gerichte der Vorinstanzen zutreffend erwogen haben, zustatten, daß die Wagen ihre Fahrt so verlangsamt hatten, daß das Halten vom Kläger erwartet werden konnte; statt dessen wurde plötzlich in dem Momente, als der Kläger eben abstieg, die Fahrt wieder beschleunigt; nur dadurch ist der Kläger zu Falle gekommen und verletzt worden. Daß der Kläger seine Absicht, an dieser Haltestelle auszusteigen, dem Schaffner nicht kundgegeben hat, ist ihm nicht als Verschulden anzurechnen. Eine solche Mitteilung hat nur den Zweck, das Anhalten der Wagen an einer Haltestelle, auf der nicht regelmäßig, sondern nur nach Bedarf gehalten wird, herbeizuführen. Hat ein Fahrgast, der absteigen will, dies dem Schaffner eröffnet, so ist damit das Anhalten veranlaßt, und es ist des weiteren Sache des Schaffners, an der Haltestelle zu beobachten, ob nicht noch andere Personen absteigen; er darf das Zeichen zur Weiterfahrt erst geben, nachdem er sich überzeugt hat, daß das Ab- oder Aufsteigen beendet ist. Offenbar hat der Schaffner im gegebenen Falle, sei es schuldhaft, sei es unverschuldeterweise, übersehen, daß der Kläger, der sich zuletzt auf dem Hinterperron des ersten Wagens befunden hatte, ebenfalls auszusteigen sich anschickte, und dadurch ist der Unfall schließlich herbeigeführt worden. Darin liegt eine Steigerung der Betriebsgefahr, die es rechtfertigt, daß der beklagten Betriebsunternehmerin ein Teil des Schadens, der dem Kläger aus dem Unfalle erwachsen ist, auch gegenüber dem eigenen mitwirkenden Verschulden des Klägers auferlegt worden ist."

20. Unfall eines Reisenden beim Aussteigen aus einem Eisenbahnwagen; Mitverschulden wegen Nichtbenutzung der Sicherheitshandhaben (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 21. Okt. 07, VI 534/06.

„Daß ein Unfall, den ein Reisender beim Aussteigen aus dem Waggon auf der Ankunftsstation erleidet, im Eisenbahnbetriebe, ‚bei dem Betriebe einer Eisenbahn' erfolgt ist, selbst wenn er nicht durch eine gerade diesem Betriebe eigentümliche Gefahr verursacht wurde, ist von der Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt ausgesprochen worden (vgl. JW. 06 S. 575 Nr. 52 und die dort weiter angezogenen Urteile, ferner 07 S. 26 Nr. 27). In der erstbezeichneten Entscheidung des erkennenden Senats ist aber auch ausgeführt worden, daß die Benutzung der gebotenen und jedermann geläufigen Sicherungsvorkehrungen zur Verhütung von Unfällen beim Betriebe der Eisenbahn gegenüber der strengen Haftpflicht der Betriebsunternehmer von den Reisenden gefordert werden muß, und der Absteigende, wenn er sich der zum Festhalten beim Aussteigen an den Wagen angebrachten Schutzstangen zu bedienen versäumt hat, dem Vorwurf des Selbstverschuldens nicht entgehen kann, wenn er nicht für den einzelnen Fall zu rechtfertigen vermag, warum er diese nächstliegende und gewöhnlichste Vorsichtsmaßregel unterlassen hat. Es ist deshalb nicht richtig, wenn das Berufungsgericht annimmt, die Tatsache allein, daß ein Reisender beim Aussteigen nicht an dem Schutzgriffe sich festhalte, gestatte noch nicht den Schluß auf eine Fahrlässigkeit. Im gegebenen Falle kommt aber hinzu, daß der Beklagte behauptet hat, der Kläger habe bereits beim Umsteigen in N. wahrgenommen, daß Glatteis sich bilde, und daß auch das Berufungsurteil wenigstens so viel annimmt, daß der Kläger schon in N. bemerkt habe, daß es regnete und ein ‚Unwetter' ausgebrochen war. Die letztere Wahrnehmung genügt aber, um den Reisenden zu besonderer Vorsicht beim Heruntersteigen auf den Trittbrettern anzuhalten, da auch schon die Nässe der Trittbretter das Ausgleiten auf ihnen begünstigt, überdies die Möglichkeit der Bildung von Glatteis von dem Kläger auf Grund der von ihm gemachten Wahrnehmung in Betracht zu ziehen war. Wenn demnach, was das Berufungsgericht unterstellt nicht festgestellt hat, der Kläger ausgestiegen ist ohne die Sicherheitshandhaben zu benutzen, so ist hierin ein eigenes mitwirkendes Verschulden auf seiner Seite zu erblicken, das durch den Umstand, daß er, sei es die Glatteisbildung, sei es auch nur Regen und Unwetter be-

reits beim Einsteigen wahrgenommen hatte, noch erhöht wird und das im Falle der Feststellung der behaupteten Tatsachen gemäß BGB. § 254 gegenüber der den Grund der Haftung des Beklagten bildenden Betriebsgefahr der Eisenbahn abzuwägen ist."

21. **Mitverschulden des Verletzten infolge Ablehnens ärztlicher Behandlung? (BGB. § 254).** Urt. vom 24. Okt. 07, VI 23/07.

„. . . In zweiter Linie behauptet der Beklagte, daß die Ehefrau L. in der Lage gewesen wäre, durch den Gebrauch ärztlicher Hilfe den Schaden zu mindern. Es hat sich bei ihr infolge der Fehlgeburt eine chronische Entzündung der Gebärmutter und Senkung dieser entwickelt. Der im Prozesse als Sachverständiger vernommene Frauenarzt Dr. M. hat sich in seinem schriftlichen Gutachten vom 5. Aug. 03 dahin ausgesprochen, daß eine Herabsetzung der Arbeitsfähigkeit der Frau L. auf die Hälfte bis nach Ablauf der Wechseljahre (44. bis 52. Lebensjahr) bestehen bleiben werde, sich aber durch sachgemäße — klinische — Behandlung nach bestimmten Zeitfristen auf $33^1/_3\%$, dann auf 15% herabmindern lassen würde. Dazu bemerkte er, es könne der Frau L. wohl auferlegt werden, sich dem von ihm beschriebenen Heilverfahren zu unterziehen, da sie dadurch keinerlei Gefahr ausgesetzt werde, auch nicht eine Operation zu überstehen brauche: die nötige Ausschabung der Gebärmutter sei als Operation im landläufigen Sinne nicht anzusehen. Der erste Richter hat angenommen, daß die Ehefrau des Klägers nicht verpflichtet sei, sich der von dem Gutachter angeregten Behandlung zu unterziehen, da solche sowohl mit erheblichen Unkosten als auch mit Schmerzen verknüpft sei. Das Berufungsgericht hat neuerdings von Dr. M. ein Gutachten eingezogen und weiterhin denselben, sowie den Dr. med. K. auch als Zeugen vernommen. Der erstgenannte Arzt hat sich in seinem Gutachten von 13. Dez. 05 u. a. dahin geäußert: Seine Vorhersage in dem früheren Gutachten habe jetzt keine Gültigkeit mehr. Damals hätten die Aussichten für die vorgeschlagene Behandlung objektiv und subjektiv günstig gelegen; es hätte sofort zugegriffen werden müssen. Jetzt seien bereits bestimmte Umwandlungen in dem körperlichen Zustande der Frau L. eingetreten, zufolge deren das Heilverfahren jetzt viel erheblicheren Schwierigkeiten begegnen würde wie damals. Dazu komme, daß die Patientin sich offenbar jetzt vielmehr in die Rolle der geschädigten Partei hineingelebt habe und gar keine Lust mehr habe, diesen Zustand so schnell von sich zu tun. Aber auch jetzt noch würde der Sachverständige die fragliche Behandlung (wenn sich die Frau ihr freiwillig unterzöge) entschieden anraten, bei welcher er eine Gefahr für ausgeschlossen halte und durch welche der in dem früheren Gutachten in Aussicht gestellte Erfolg, allerdings jetzt erst nach längeren Fristen, zu erzielen sein würde. — Das Berufungsgericht führt nun gegenüber dem Vorwurfe des schuldhaft unterlassenen Kurgebrauches aus: Es müsse zwar aus den Gründen des in RGZ. 60, 147 abgedruckten Urteils der Verletzte dem Verletzer gegenüber für verpflichtet erachtet werden, die ihm zu Gebote stehenden Mittel anzuwenden, um die schädlichen Folgen abzuwenden und sich unter Umständen auch einer ärztlichen Behandlung zu unterziehen: ein operativer Eingriff könne ihm aber nur dann zugemutet werden, wenn derselbe den Erfolg gewährleiste, soweit eine solche Gewähr nach ärztlicher Anschauung überhaupt bestehen könne, und wenn der Verletzte zu der Überzeugung gelangen müsse, daß ein solcher Eingriff gefahrlos sei. Im vorliegenden Fall sei nun durch die Aussagen des Dr. med. K. erwiesen, daß dieser den Eheleuten L. die fragliche Operation durchaus als sicheren Erfolg versprechend und gefahrlos hingestellt habe. Allerdings habe Dr. M. keine entgegengesetzte Ansicht geäußert, andererseits aber habe er die Operation von einem Verzicht des Klägers auf Schadensersatzansprüche abhängig gemacht. Diese Tatsache sei, selbst wenn sie nur auf einer allgemeinen Übung beruht hätte, immerhin geeignet gewesen, den Kläger und seine Ehefrau bedenklich zu machen. Unter diesen Umständen habe die Ehefrau L. sich der fraglichen Operation nicht

unterziehen brauchen, und es könne ihr daher nicht als mitwirkendes Verschulden angerechnet werden, wenn sie auf den Vorschlag des Dr. M. nicht einging. Die Revision bekämpft diese Urteilsbegründung, indem sie den § 254 BGB. sowie § 286 ZPO. als verletzt bezeichnet und sich auf das vorangeführte Urteil des RG. beruft. Nach dem Gutachten des Dr. M. sowie nach den eidlichen Aussagen dieses Arztes und des Dr. K., sei anzunehmen, daß eine verständige Frau, welche auch dem Interesse des Schadensersatzpflichtigen in billiger Weise Rechnung getragen hätte, sich der von Dr. M. angegebenen Kur und ärztlichen Behandlung unterzogen haben würde. Denn Dr. M. habe nach seiner Bekundung den Eheleuten L. wiederholt erklärt, daß das von ihm vorgeschlagene Verfahren ein tagtäglich geübtes sei, Gefahren oder irgend bedeutende Schmerzen nicht mit sich bringe, die Beschwerden der Frau L. sicher in der Hauptsache schnell beseitigen werde, und daß die, wie bei allen ärztlichen Maßnahmen vorhandene Möglichkeit, daß ganz unvorhergesehene Zufälle den Erfolg vereiteln würden, hier so fernliegend sei, daß man damit nicht rechnen könne. Diesen Erklärungen gegenüber werde die Unterlassung der Kur durch die vom Berufungsgerichte angeführten Gründe nicht entschuldigt. Daß aber durch die fragliche Kur die Heilung oder doch eine erhebliche Besserung bei seiner Ehefrau nicht erzielt worden wäre, habe der Kläger, dem in dieser Beziehung der Beweis obläge, nicht behauptet.

Auch mit dieser Rüge vermag die Revision nicht durchzudringen. Daß die Entscheidung des Berufungsgerichtes auf einer grundsätzlich unrichtigen Beurteilung der hier einschlagenden Rechtsfrage beruht, ist nicht anzunehmen. Was im Berufungsurteile über die Voraussetzungen der Verpflichtung des Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen, ausgeführt wird, kann im wesentlichen als richtig gelten. Übrigens steht das zu den in der mehrerwähnten Entscheidung des erkennenden Senats aufgestellten allgemeinen Grundsätzen nicht etwa im Gegensatz. Doch läßt sich eine für alle Fälle gleichmäßig gültige Norm schwer bestimmen. Es sind im Einzelfalle die konkreten Verhältnisse zu würdigen, wobei es hauptsächlich auf die Beschaffenheit des Leidens, die Schwere und Gefährlichkeit der Operation, die mehr oder minder sichere Aussicht auf Erfolg ankommen wird, aber möglicherweise auch noch anderweite, besondere Umstände in Betracht kommen können (vgl. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten, § 13 S. 95; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 254 B. 2 d S. 44; Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. § 79 S. 601 Ziff. 3 a; SeuffA. 46 Nr. 189 I u. II). Darauf, ob es sich vorliegend um eine Operation im eigentlichen Sinne handelt, ist kein Gewicht zu legen, jedenfalls steht ein ärztlicher Eingriff von der Art in Frage, daß hierfür die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen. Wenn man nun die Sachlage lediglich so, wie sie sich nach den gutachtlichen Äußerungen des Dr. M. objektiv darstellt, zu betrachten hätte, so müßte man gewiß der Revision darin beistimmen, daß der Verletzten sehr wohl habe zugemutet werden können, sich der ihr vorgeschlagenen Behandlung zu unterziehen. Zumal wenn der Beklagte sich bereit erklärte, die hierfür erforderlichen Kosten einstweilig vorzuschießen (was freilich erst im Laufe des Berufungsverfahrens erklärt worden zu sein scheint). Hätte sich die Ehefrau L. aus übergroßer Ängstlichkeit oder Empfindlichkeit, aus reinem Eigensinn oder gar aus Böswilligkeit geweigert, auf den Vorschlag einzugehen, so wäre ihr Verhalten im Verhältnisse gegenüber dem Beklagten nicht gerechtfertigt. Allein auch die Vorschrift in BGB. § 254 Abs. 2 setzt ein Verschulden des Beschädigten voraus, und das Berufungsgericht hat zugunsten der Ehefrau L. Tatsachen berücksichtigt, welche geeignet sind, ihre Weigerung wo nicht als begründet, so doch als entschuldbar erscheinen zu lassen. Der Arzt Dr. K. hatte dem Kläger mitgeteilt, daß eine Behandlung, wie sie hier notwendig war, für gewöhnlich ungefährlich sei, daß aber bei der bedeutenden Vergrößerung der Gebärmutter usw. ein Durchbohren der Gebärmutterwand nicht ausgeschlossen sei und daß infolgedessen eine Garantie für die Heilung nicht übernommen werden könne. Und der Spezialarzt Dr. M. hatte (wie er

als Zeuge als sehr wohl möglich zugibt) dem Kläger auf die Frage, ob er auch für Heilung garantiere, geantwortet, daß er zu irgend welcher Garantie durchaus nicht bereit sei, vielmehr noch von ihm die schriftliche Erklärung verlangen würde, daß er auf jeden Haftpflichtanspruch ihm (dem Zeugen) gegenüber von vornherein verzichte. Es wäre in der Tat wohl erklärlich, wenn die Eheleute L. (Leute aus bäuerlichem Stande) bei jenen Mitteilungen der Ärzte stutzig wurden und demzufolge die gleichzeitigen oder späteren Versicherungen des Dr. M. nicht mit dem entsprechenden Vertrauen und Verständnisse aufnahmen. Keinenfalls kann es für rechtsirrig erachtet werden, daß der Berufungsrichter bei dieser Sachlage in dem Verhalten der Eheleute L. ein mitwirkendes Verschulden derselben nicht erblickt hat."

22. Berichtigung eines dem Bewilligungsprotokoll entsprechenden Grundbuchseintrags (BGB. §§ 894, 313, 241, 242). Urt. vom 23. Okt. 07, V 59/07.

Übereinstimmend mit dem Bewilligungsprotokoll war im Grundbuch ein ‚Überwegungsrecht zu Wagen und zu Fuß' an einer Parzelle eingetragen worden; Kläger behauptet, nach dem zugrunde liegenden Kaufvertrage sei vereinbart, daß die ganze Parzelle als Zuwegung dienen, also unbebaut bleiben solle. Er verlangt mit der Klage Berichtigung des Eintrags, in der Berufungsinstanz stellt er einen Hifsantrag dahin, daß die Beklagten eine dem Vertrag entsprechende weitere Fassung des Eintrags bewilligen sollen.

Aus den Gründen:

„. . . Zutreffend nach BGB. § 894, auch vom Kläger nicht ernstlich bekämpft, ist der Ausspruch des Oberlandesgerichts, daß gegen den genau nach dem Bewilligungsprotokoll geschehenen Eintrag der Dienstbarkeit im Grundbuch die dingliche Berichtigungsklage nicht statthaft sei.

Dagegen rügt die Revision mit Recht, daß im Berufungsurteil der in zweiter Reihe gestellte Berufungsantrag nicht im Sinne einer persönlichen Klage auf vollkommene Erfüllung des — durch nachträgliche Auflassung und Eigentumseintragung nach BGB. § 313 geheilten — Kaufvertrages aufgefaßt und daß nicht sachlich darüber entschieden wurde. Es ist rechtsirrtümlich, wenn der Vorderrichter diesen Anspruch in einen etwaigen künftigen Rechtsstreit verweist, denn der Hilfsberufungsantrag bildet nicht eine — unnötige — Wiederholung des Hauptberufungsantrags, sondern in der Tat unzweifelhaft schon das Verlangen nach Entscheidung über den persönlichen Anspruch. In diesem Verlangen kann auch keine unzulässige Klageänderung gefunden werden, weil alle tatsächlichen Erfordernisse dazu schon im ersten Rechtszuge vorgebracht waren, auch der ursprüngliche Klagantrag mit ihm nicht unvereinbar ist. Der Berufungsrichter durfte sich daher der weiteren Verhandlung und Entscheidung über den persönlichen Klaganspruch nicht entschlagen und dieser wäre auch nach BGB. §§ 241, 242 gerechtfertigt, wenn der Kläger neben der Übertragung der Ansprüche seiner Vorbesitzer an ihn weiter die Tatsache beweisen könnte, daß zwischen J. und dem Beklagten von Anfang an das Freiliegenbleiben der ganzen Fläche Nr. 740/208 zum Zwecke der Straßenanlage vereinbart gewesen und daß diese Vereinbarung auch bis zuletzt, bis zur Auflassung, trotz des sie scheinbar einschränkenden grundbuchamtlichen Protokolls vom 19. Nov. 03 aufrechterhalten worden sei. Erbringt er diese Beweise, so kann er mittels seines persönlichen Anspruchs ähnlichen Erfolg, wie ihn BGB. § 894 dem dinglichen Berichtigungsanspruch gewährt, erzielen, nämlich von den Beklagten verlangen, daß sie eine weitergehende Fassung des Grundbucheintrags über die Dienstbarkeit bewilligen (vgl. RGZ. 53, 375; 60, 259)."

23. Gesellschaftsvertrag behufs gemeinschaftlichen Erwerbs von Grundstücken (BGB. §§ 313, 664—670, 713). Urt. vom 30. Okt. 07, I 7/07.

„Ohne die zwischen den Parteien streitige Tatfrage, ob zwischen ihnen ein Gesellschaftsvertrag mit dem im ersten Teile des Klagantrags näher ange-

gebenen Inhalte abgeschlossen ist, zu entscheiden hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen, weil, auch wenn dies der Fall sein sollte, der Vertrag wegen Nichtbeobachtung der in BGB. § 313 vorgeschriebenen Form nach BGB. §§ 125, 139 nichtig sein würde. Diese Annahme beruht auf einer unrichtigen Anwendung des BGB. § 313.

An sich besteht für den Gesellschaftsvertrag Formfreiheit. Hat er aber zum Inhalte, daß Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden sollen, so greift die Vorschrift des BGB. § 313 ein. Denn die Einbringung bedeutet — wenigstens der Regel nach —, daß die Grundstücke Gesellschaftsvermögen werden sollen. Es ist also Auflassung (RGZ. 56, 99) und für den obligatorischen Vertrag gerichtliche oder notarielle Form erforderlich. Dabei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob der Gesellschafter das von ihm einzubringende Grundstück zu der Zeit, wo der Gesellschaftsvertrag geschlossen wird, bereits in seinem Eigentume hat, oder ob er es erst erwerben soll. Denn in beiden Fällen enthält der Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung, das Eigentum an dem Grundstücke auf die Gesellschaft zu übertragen. Insoweit ist den Rechtsgrundsätzen, die das Oberlandesgericht aufstellt, durchaus beizutreten.

Der Irrtum liegt darin, daß das Oberlandesgericht diese Rechtssätze auf einen Fall zur Anwendung bringt, der nach den zugrunde zu legenden Behauptungen des Klägers ganz anders liegt. Der Kläger hat nicht behauptet und es ist auch aus seinem Schlußantrage nicht zu entnehmen, daß der Beklagte Grundstücke in die Gesellschaft einbringen sollte. Vielmehr geht seine Behauptung dahin, daß die Gesellschaft errichtet sei, um ihrerseits Grundstücke zu erwerben, auf denen die im Antrage genannten Bodenbestandteile gewonnen werden könnten. Ein Gesellschaftsvertrag, der auf den gemeinschaftlichen Erwerb von Grundstücken für die Gesellschaft gerichtet ist, unterliegt nicht der Formvorschrift des BGB. § 313, weil er eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nicht enthält.

Daher ist es unrichtig, wenn das Oberlandesgericht die vom Kläger unter I seines Antrages begehrte Feststellung, daß der Gesellschaftsvertrag mit dem dort angegebenen Inhalte geschlossen worden sei, wegen der Vorschrift BGB. § 313 abgelehnt hat. Aber auch zur Abweisung des Feststellungsantrags zu II kann diese vom Berufungsgerichte allein verwertete Vorschrift nicht dienen.

Aus dem Antrage und den sonstigen Angaben des Klägers ergibt sich, daß er behaupten will, der Beklagte habe die im Antrage näher bezeichneten Grundstücke nach dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages für das gemeinschaftliche Unternehmen angekauft, im Grundbuche aber auf seinen Namen eintragen lassen. Wird das als richtig unterstellt, so würde die Rechtslage die sein, daß der Beklagte beim Erwerb der Grundstücke als geschäftsführender Gesellschafter für die Gesellschaft gehandelt hätte. Nach BGB. § 715 bestimmen sich die Verpflichtungen des geschäftsführenden Gesellschafters nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnisse ein anderes ergibt. Der Beauftragte ist nach § 667 verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Der Beklagte würde demnach verpflichtet sein, die erworbenen Grundstücke an die Gesellschaft herauszugeben. Diese aus der Geschäftsbesorgung unmittelbar erwachsene Verpflichtung wird durch die Vorschrift BGB. § 313 nicht berührt. ‚Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen', liegt nicht vor (vgl. RGZ. 54, 76) . . ."

24. Formpflichtigkeit einer Nebenabrede des Grundstückskaufs in einem Gebiete, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist (BGB. §§ 313, 139, 439; EGBGB. §§ 142, 189). Urt. vom 6. Nov. 07, V 79/07.

„Der Beklagte hat lediglich eingewendet, die Klage sei verfrüht, weil der Abschluß des ortsgerichtlichen Kaufvertrages mündlich vereinbart worden sei,

die Hypotheken sollten erst dann weggeschafft werden, wenn die in betreff dieser Löschung bestehenden, den Klägern bekannten Streitigkeiten mit K. G. behoben sein würden. Der Berufungsrichter hat diese angebliche Vereinbarung für unerheblich erklärt, weil sie, obwohl Bestandteil des Kaufvertrages, der durch BGB. § 313 und das hessische Partikularrecht (EGBGB. Art. 142) vorgeschriebenen Form entbehre, andererseits nicht derartig wesentlich sei, daß ihre Nichtigkeit nach BGB. § 139 die Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrages nach sich ziehen müßte. Es sei mit hinreichender Sicherheit anzunehmen, daß der Kaufvertrag auch ohne Verständigung über diese Nebenabrede zustande gekommen wäre. Eine Heilung der mündlichen Abrede durch Auflassung und Eintragung nach BGB. § 313 Satz 2 komme (nach EGBGB. Art. 189) nicht in Frage, weil das Grundbuch für den Bezirk von N. noch nicht als angelegt anzusehen sei.

In der letzten Beziehung (vgl. Urt. des RG. in der JW. 06, 548 Nr. 14) sind Anstände nicht erhoben, die Revision rügt aber, daß der Berufungsrichter zu Unrecht die streitige Abrede den Formvorschriften unterstellt habe. Die Abrede enthalte nur die vertragsmäßige Ausschließung oder richtiger die zeitliche Hinausschiebung der Gewährleistungspflicht (BGB. § 439) und stehe mit dem Veräußerungsgeschäft in keinem inneren Zusammenhange. Diese letzte Behauptung ist jedoch unzutreffend. Auch die Gewährleistung ist eine aus dem Kaufvertrage entspringende Verpflichtung und die Abrede über die Zeit der Erfüllung dieser Verpflichtung sind Bestandteile des Kaufvertrages, wenn sie bei Abschluß dieses Vertrages, Änderung des Vertrages, wenn sie nachträglich getroffen werden. Sie bedürfen deshalb der für den Abschluß des Kaufvertrages vorgeschriebenen Form (vgl. Planck Anm. 1 f zu BGB. § 313, Bd. 2 S. 127 der 3. Aufl.; RGZ. 51, 179; 52, 1; GruchotsBeitr. 48, 793; JW. 03 Beil. S. 108 u. a. m.). Die Form selbst richtet sich, auch wenn das Grundbuch noch nicht angelegt war (Planck, Bd. 6 Anm. 10 zu EGBGB. Art. 189; Turnau-Förster, 3. Aufl., 1 S. 93, 413, 456), nach BGB. § 313 bzw. (EG. Art. 142) nach den der Revision nicht zugänglichen hessischen Partikularbestimmungen. Die Verabsäumung dieser Formvorschriften hat die Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrages nicht zur Folge, da der Berufungsrichter die Unwesentlichkeit der Abrede nach BGB. § 139 in einwandfreier Weise festgestellt hat (vgl. RGZ. 52, 4)."

25. Rechtliche Einheit zweier gegeneinander ausgetauschter Erklärungen; Nichtigkeit infolge Formmangels (BGB. §§ 313, 125). Urt. vom 7. Okt. 07, IV 65/07.

„Parteien hatten einen privatschriftlichen Vertrag abgeschlossen, wonach dem Kläger das Recht eingeräumt wurde, auf einer dem Beklagten (und Dritten) gehörigen Baustelle einen Neubau zu errichten und das Grundstück mit dem Bau bis 1. Oktober 1903 für 35 212,50 ℳ eigentümlich zu erwerben. Kläger sollte aller Rechte an dem Bau und dem Grundstücke verlustig gehen, wenn er dieses nicht bis zum genannten Tage übernommen haben würde. Der Beklagte hatte zu dem Bau Vorschüsse zu leisten. Kläger hat den Bau nicht fertiggestellt. Er verlangt Erstattung seiner Aufwendungen für den Bau aus den Gesichtspunkten des Schadensersatzes und der ungerechtfertigten Bereicherung.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter geht davon aus, daß der Vertrag vom 22. April 01, weil er die Verpflichtung enthält, das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen, gemäß BGB. §§ 313, 125 wegen Formmangels seinem ganzen Umfange nach nichtig sei. Er hält deshalb den erhobenen Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkte sowohl der Nichterfüllung des Vertrages als auch der vertragswidrigen Vereitelung seiner Durchführung für unbegründet. Alles das ist rechtlich zutreffend, und die geschehene Anwendung der angezogenen Gesetzesvorschriften wird auch von der Revision nicht bemängelt. Dann aber

hat der Beklagte auch für das Erfüllungsinteresse dem Kläger in keinem Falle aufzukommen.

Sodann hält der Berufungsrichter unter zutreffender Verweisung auf BGB. §§ 946, 951 und 812 den Anspruch aus der Bereicherung wenigstens zu einem dem Miteigentume des Beklagten entsprechenden Bruchteile für an sich begründet, während er unentschieden läßt, ob auch aus dem behaupteten arglistigen Verhalten des Beklagten (als einer unerlaubten Handlung) sich ein Schadensersatzanspruch ergeben könne. In beiden Beziehungen erachtet er den Einwand des Beklagten für durchgreifend, daß Kläger sich aller seiner Rechte durch Verzicht begeben habe. Dies entnimmt der Berufungsrichter einer schriftlichen Erklärung, die Kläger dem Beklagten gegenüber unterm 18. Mai 1902 dahin abgegeben hat: er trete aus den unterm 22. April 1902 vereinbarten Abmachungen, betreffend Erwerbung einer Baustelle und Errichtung eines Neubaues zurück, gebe dem Beklagten anheim, den Neubau auf seine Kosten fertigzustellen und verzichte auf alle Rechte am Bau. Mit Unrecht wendet sich die Revision gegen die Auslegung dieses Schriftstückes, das sehr wohl und jedenfalls ohne Gesetzesverletzung, insbesondere ohne den gerügten Verstoß gegen BGB. §§ 133 und 157 also verstanden werden konnte, daß es sich auf alle nur möglichen den Bau betreffenden Ansprüche beziehen sollte.

Dem aus der Erklärung vom 18. Mai 1902 hergeleiteten Einwande war jedoch der Kläger in doppelter Weise begegnet: er behauptete, sein Verzicht sei im Einverständnisse mit dem Beklagten nur zum Schein abgegeben worden, und er wies auf eine schriftliche Gegenerklärung des Beklagten vom nämlichen Tage hin, worin dieser ihm ungeachtet des erklärten Verzichts das Recht einräumt, bis Oktober 1903 das Eigentum an dem Grundstücke zu erwerben, jedoch für einen Betrag, der sich zusammensetzen sollte aus einer durch die vorgenommene Abrechnung festgestellten Summe von 34 635 ℳ und den zur Fertigstellung des Baues noch aufzuwendenden Kosten. Der Berufungsrichter hält die Behauptung, daß es sich um einen Scheinverzicht handele, durch das Zeugnis des darüber vernommenen Anstreichers K. nicht nur nicht für bewiesen, sondern für widerlegt. Die vom Kläger gleichfalls beantragte Vernehmung seiner Ehefrau als Zeugin erklärt er unter diesen Umständen für ‚überflüssig' und die geschehene Zuschiebung des Eides für unzulässig gemäß ZPO. § 446. Nicht mit Unrecht führt nun die Revision darüber Beschwerde, daß dem Kläger der angebotene Zeugenbeweis abgeschnitten sei. Die dafür gegebene Begründung, daß die Vernehmung der Ehefrau des Klägers überflüssig sei, läßt nicht ersehen, ob der Berufungsrichter der Zeugin die Glaubwürdigkeit schon vor ihrer Vernehmung hat absprechen wollen, oder ob ihn sachliche Gründe zu der Annahme veranlaßt haben, die Ernstlichkeit des Verzichts stände auch im Falle einer die Nichternstlichkeit bestätigenden Aussage der Zeugin fest.

Wäre aber auch über dieses Bedenken hinwegzukommen, weil der Kläger selbst seinen Verzicht mit Reverse des Beklagten vom 18. Mai 1902 in einen solchen Zusammenhang bringt, daß beide Erklärungen sich als wesentliche Bestandteile eines ernst gemeinten einheitlichen Vertrages darstellen, so ist doch jedenfalls die Rüge der Revision begründet, daß der Berufungsrichter diesen Zusammenhang der beiden Schriftstücke vom 18. Mai 1902 und die sich daraus gemäß BGB. §§ 313, 125 ergebende Nichtigkeit der in ihnen enthaltenen, beiderseitigen Erklärungen verkannt hat. Beide Urkunden sind nicht nur zur gleichen Zeit ausgestellt, sondern auch ihr sachlicher Inhalt läßt gar keinen Zweifel darüber aufkommen, daß es sich um Erklärungen handelt, die gegeneinander ausgetauscht worden sind. Die Erklärung des Beklagten trägt gleich als Aufschrift die Bezeichnung ‚Revers' und ist in der Bedeutung eines Reverses, also eines Gegenscheins vom Beklagten selbst unterzeichnet und dem Kläger hingegeben worden. Sie verweist ausdrücklich auf eine Erklärung des Klägers vom gleichen Tage und es besteht unter den Parteien kein Streit, daß dies die Verzichterklärung des Klägers ist. Beide Erklärungen beruhen

hiernach auf einem einheitlichen Vertragsabkommen; sie dürfen nicht unter Nichtbeachtung ihres inneren Zusammenhanges, wie es von seiten des Berufungsrichters geschieht, in zwei voneinander unabhängige selbständige Rechtsgeschäfte zerlegt und jedenfalls darf nicht, wie geschehen, einzig und allein aus der gesonderten Beurkundung einer jeden ihre vermeintlich von den Parteien beabsichtigte Selbständigkeit hergeleitet werden. Wurde hiernach dem Kläger gegen Verzicht auf seine bisherigen Rechte das Recht auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke unter veränderten Vertragsbedingungen eingeräumt, so war wiederum auch dieser Vertrag, da er der im § 313 vorgeschriebenen Form entbehrte, gemäß BGB. § 125 nichtig. Der Verzicht des Klägers war deshalb nicht etwa nur gemäß BGB. § 812 kondizierbar, sondern, da er einen Bestandteil des einheitlichen nichtigen Vertrages bildete, gleichfalls nichtig . . ."

26. Unmöglichkeit der Leistung, wenn der Vermieter die Mieträume nicht in vertragsmäßigen Zustand versetzen kann, ohne sie zu verkleinern (BGB. §§ 326, 542). Urt. vom 11. Okt. 07, III 116/07.

„Das angefochtene Urteil, durch welches der vom Kläger erhobene Anspruch auf Zahlung des monatlichen Mietzinses von 175 ℳ abgewiesen und dem von den Beklagten gestellten Antrag auf Feststellung, daß dem Kläger aus dem Mietsvertrage vom 10. Juli 1905 keine Rechte gegen sie zustehen, stattgegeben ist, beruht auf der Annahme des Einverständnisses der Parteien über die Parteipflicht des Klägers, einzustehen dafür, daß die vermieteten Räume den polizeilichen Anforderungen für die Erteilung der Schankerlaubnis genügten, sowie die Räume in den von der Polizei verlangten Zustand zu versetzen für den Fall, daß sie von derselben beanstandet werden sollten, und zwar unbeschadet seiner Pflicht, die sämtlichen vermieteten Räume ohne Umgestaltung zum Gebrauch den Beklagten zu überlassen. Diese Annahme ist tatsächliche Würdigung des Vertragsinhalts und, weil ohne Prozeßverstoß getroffen, für die Revisionsinstanz maßgebend. Bedenkenfrei ist weiter die Feststellung, daß die polizeiliche Genehmigung unter anderem versagt worden, weil die Licht- und Luftzuführung zu dem Pissoir und den beiden Klosetts als ungenügend befunden ist, sowie ferner, daß die Beseitigung dieses Mangels nur durch Erweiterung des Licht- und Luftschachtes mittels Hinzunahme eines Teils der zu den vermieteten Räumen zählenden Mädchenkammer, also durch Verkleinerung derselben hat ins Werk gesetzt werden können. Mit Recht folgert hiernach das Berufungsgericht die Unmöglichkeit der Leistung, welche der Kläger durch den Mietsvertrag übernommen hat. Diese Unmöglichkeit der Leistung ergibt die Nichtigkeit des Mietsvertrages, die das ergangene Urteil bedingt. Verfehlt ist die Rüge der Verletzung des BGB. §§ 326 und 542 Abs. 1; es handelt sich nicht um das Rücktrittsrecht des Mieters vom rechtsgültig geschlossenen Vertrage, sondern um die Folgen nichtigen Mietsvertrages."

27. Übertragung der Rechte aus einem protestierten Wechsel (BGB. § 398; WO. Art. 16). Urt. vom 16. Okt. 07, I 5/07.

„. . . Das sog. Nachindossament, d. h. das nach der Protestierung eines Wechsels auf denselben gesetzte Indossament (WO. Art. 16 Abs. 2) wirkt nach Art einer Abtretung. Der protestierte Wechsel ist kein Umlaufpapier mehr: sein Gegenstand sind nunmehr nur noch die durch den Protest fixierten Regreßrechte nebst dem Anspruch gegen den Akzeptanten (vgl. RGZ. 55, 325; Staub-Stranz, WO. Art. 16 Anm. 8; Rehbein, WO., 7. Aufl., Art. 9—17 Anm. 23).

Diese Rechte können aber nicht nur durch das Nachindossament, sie können ebensogut auch durch einfache Abtretung (BGB. § 398) ohne weitere Förmlichkeiten übertragen werden (vgl. Entsch. des RG. a. a. O.). Das Nachindossament ist zwar eine häufige Form, die beabsichtigte Übertragung zu bewirken, aber keineswegs eine notwendige . . ."

28. Aufrechnungseinrede, Einrede des Zurückbehaltungsrechts des nicht erfüllten Vertrages gegenüber dem Zessionar (BGB. §§ 404, 406, 387, 388, 320). Urt. vom 23. Okt. 07, V 70/07.

„Die Revision ist begründet. Nach BGB. § 404 kann der Schuldner dem neuen Gläubiger alle Einwendungen usw. entgegensetzen. Unter Einwendungen sind nicht bloß Einreden im eigentlichen Sinn, sondern auch rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen verstanden (Mot. 2, 129). Es konnte also dem Widerkläger, als dem neuen Gläubiger, von dem Widerbeklagten entgegengesetzt werden, daß seine Forderung durch Aufrechnung (zwischen dem Widerbeklagten, als dem Schuldner, und dem Maurermeister K., als dem bisherigen Gläubiger) untergegangen sei.

Eine Forderung geht aber nicht schon kraft Gesetzes unter, wenn ihr eine nach BGB. § 387 aufrechnungsfähige Forderung des Schuldners gegenübersteht. Zum Untergang einer Forderung durch Aufrechnung ist vielmehr ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des Schuldners nötig (Planck § 388 Nr. 1). Die Aufrechnungserklärung muß dem Gläubiger gegenüber erklärt werden. Würde die Vorschrift des BGB. § 406 nicht bestehen, so könnte der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber nicht aufrechnen mit einer Forderung, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zusteht. Denn die Aufrechnungserklärung kann nach dem BGB. §§ 387, 388 nur dann, wenn zwei Personen einander Leistungen schulden, von dem einen Teil dem andern gegenüber erklärt werden. Der Widerkläger, als der neue Gläubiger, schuldet aber dem Widerbeklagten nichts, sondern der bisherige Gläubiger, der Maurermeister K.

An dieser Lage ändert auch nicht die Vorschrift des BGB. § 404, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Der Schuldner kann hiernach allerdings dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die sich auf auch erst nach der Abtretung der Forderung eingetretene Tatsachen gründen, die nach dem Wesen und dem Inhalt des Schuldverhältnisses den Schuldner zu einer Einrede berechtigen (Mot. 2, 129). Aber die nach der Abtretung der Forderung eingetretene Tatsache, daß der Widerbeklagte (Schuldner) die beiden Forderungen auf Ersatz der Prozeßkosten und der Umsatzsteuer gegen den Maurermeister K. (den bisherigen Gläubiger) erworben hat, berechtigt nicht zu einer Aufrechnungseinrede gegen den Widerkläger (den neuen Gläubiger).

Es kommt also darauf an, ob die Vorschrift des BGB. § 406 dem Widerbeklagten zur Seite steht. Nach diesem Paragraphen kann der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen. Diese Regel wird aber von zwei Ausnahmen durchbrochen: 1. wenn der Schuldner bei dem Erwerbe seiner Forderung von der Abtretung der Forderung seines Gläubigers Kenntnis hatte, 2. wenn die Forderung des Schuldners erst nach der Erlangung jener Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

Der Widerbeklagte kann also nach der Regel des § 406 mit seinen beiden ihm gegen den bisherigen Gläubiger K. zustehenden Forderungen auch dem neuen Gläubiger, dem Widerkläger, gegenüber aufrechnen. Es fragt sich, ob einer der beiden Ausnahmefälle vorliegt. Der erste Ausnahmefall liegt vor. Der Widerbeklagte hatte beim Erwerbe seiner Forderungen auf Ersatz der Prozeßkosten und der Umsatzsteuer von der Abtretung der Forderung des Maurermeisters K. Kenntnis. Diese erlangte er am 8. Dezember 1902. Die Forderung auf Ersatz der Prozeßkosten erwarb er erst im Jahre 1904, mit dem Erlaß der Urteile des Kammergerichts und des Reichsgerichts. Allerdings hatte der Widerbeklagte gegen K. schon mit der Rechtshängigkeit des gegen diesen angestrengten Prozesses einen bedingten Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten. Aber die Bedingung, von deren Eintritt die Entstehung des Anspruchs abhing, die Zuerkennung durch Urteil (Gaupp-Stein, ZPO., 8.

u. 9. Aufl., S. 257; RGZ. 52, 332), trat erst im Jahre 1904 ein. Erst mit dem Eintritt der Bedingung erwarb der Widerbeklagte den Anspruch (Planck § 406 Nr. 2, 392 Nr. 1). Die Forderung auf Ersatz der Umsatzsteuer erwarb der Widerbeklagte erst mit der tatsächlich erfolgten Auflassung, am 2. Mai 1905. Vorher bestand ein Anspruch der Gemeinde gegen den Widerbeklagten auf Zahlung der Umsatzsteuer nicht, also auch nicht ein Ersatzanspruch des Widerbeklagten.

Die Aufrechnungseinreden waren also als unzulässig zu verwerfen und das angefochtene Urteil, das sie zuläßt und für begründet erklärt, ist wegen Verletzung des BGB. §§ 404, 406 aufzuheben.

Wenn nun auch der Widerbeklagte mit seinen mit der abgetretenen Forderung des Widerklägers in rechtlichem Zusammenhange stehenden Forderungen nicht aufrechnen kann, so kann er doch auf Grund dieser Forderungen dem Widerkläger die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzen . . ."

29. Nichtmarktfähigkeit gekauften Rindviehs infolge Seuchensperre (BGB. §§ 434, 459, 481, 482, 487, 492). Urt. vom 25. Okt. 07, II 188/07.

„In materieller Beziehung rügt der Revisionskläger Verletzung des BGB. §§ 459, 482, 492. Auch diese Rüge ist nicht begründet. Der Berufungsrichter hat in betreff des hierbei in Frage kommenden Minderungsanspruchs, der bei dem Verkauf von Rindvieh vom Gesetz — sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben — nicht gegeben wird (BGB. §§ 481, 487, 492), tatsächlich festgestellt, daß eine besondere Parteiabrede über die Befugnis des Klägers zur Minderung nicht getroffen worden sei. Ein Rechtsirrtum ist hierin nicht ersichtlich. Der Revisionskläger hat zwar ferner zugleich auch noch unter Berufung auf ZPO. §§ 286, 554 Nr. 2 b u. c gerügt, daß der Berufungsrichter über einen Beweisantritt dahin, daß die Tiere — übrigens schon nach reichsgesetzlichen Bestimmungen — von der allgemeinen Marktfähigkeit ausgeschlossen gewesen seien, hinweggegangen sei, und daß gegenüber den reichsgesetzlichen Bestimmungen die von dem Berufungsgericht aus vermeintlicher eigener Sachkunde getroffene Feststellung des Gegenteils, nämlich daß die Tiere nicht in ganz Deutschland (so z. B. nicht in den kleineren Städten der Provinz Posen) vom Markte ausgeschlossen gewesen wären, unverständlich sei. Und es ist der Revision zuzugeben, daß die bemängelte Feststellung, da die Tiere unstreitig unter Seuchensperre standen, im Hinblick auf das G., betr. die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen vom 1. Mai 94 (vgl. insbesondere §§ 1, 18, 19 ff., 30), sowie die Bek. des Reichskanzlers, betr. die Instruktion zur Ausführung der §§ 19—29 des G. vom 23. Juni 80 bzw. 1. Mai 94 über die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen vom 27. Juni 95 (RGBl. S. 357) unhaltbar ist. Es kommt darauf aber nicht an; die Marktfähigkeit war nach dem Vorbemerkten für die Preisminderungsklage überhaupt ohne Belang, und für den vom Kläger erhobenen Schadensersatzanspruch käme die Nichtmarktfähigkeit nur dann in Betracht, wenn der Beklagte die vertragliche Zusicherung erteilt und somit die vertragliche Verpflichtung übernommen gehabt hätte, dafür einzustehen, daß die Rinder in Berlin (oder anderswo) ohne weiteres würden verkauft werden können. Das hat hier jedoch nicht vorgelegen und ist insbesondere nach den Feststellungen des Berufungsrichters auch nicht darin zu finden gewesen, daß das Vieh ausdrücklich zum Weiterverkauf gehandelt gewesen sei.

Der Revisionskläger hat endlich in materieller Beziehung noch zur Erwägung gestellt, ob nicht in der Sperre der Tiere ein Mangel im Recht zu erblicken und demgemäß nicht anzunehmen sei, daß der Beklagte die aus BGB. § 434 ihm obliegende Verpflichtung, dem Kläger die verkauften Tiere frei von fremden Rechten zu verschaffen, nicht erfüllt habe. Allein BGB. § 434 verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend

gemacht werden können, und die im Falle der Seuchengefahr polizeilich vorübergehend, für die Dauer der Gefahr, angeordneten Schutzmaßregeln (§ 18 des angeführten G. vom 1. Mai 94) sind offenbar nicht Rechte im Sinne des § 434, die von Dritten an den Tieren gegen den Käufer geltend gemacht werden könnten; es sind überhaupt keine Rechte, die an den Tieren bestehen . . ."

30. Unrichtige Angabe des Grundstücksverkäufers über den Mietertrag eines unvermieteten, leerstehenden Ladens (BGB. §§ 459, 515, 463, 823, 826). Urt. vom 2. Nov. 07, V 108/07.

„In einwandfreier, dem Beklagten günstiger Weise erklärt das Kammergericht die Klage insoweit für unbegründet, als sie sich auf BGB. §§ 459, 515 stützt. Indem sie die ausschließlich nach §§ 823 Abs. 2, 826 beurteilt, stellt es zunächst fest, daß der Kläger vor und bei Kaufsabschluß gewußt hat, daß der Laden (den L. vom 1. Jan. 1902 bis 1. April 1903 für jährlich 4000 ℳ, von da ab für jährlich 4600 ℳ gemietet, den er aber ohne Eintritt in den höheren Mietzins mit des Beklagten Einwilligung wieder verlassen hatte) leer stand und keine 4500 ℳ jährlich brachte. Es ist ferner festgestellt, daß in der Mietsertragsaufstellung, die der Beklagte dem Vertragsvermittler F. und die dieser dem Kläger aushändigte, fraglicher Laden mit 4500 ℳ Mietsertrag, jedoch ohne Beifügung des Namens eines Mieters eingesetzt gewesen ist. Auf Grund dieses Tatbestandes nimmt der Berufungsrichter aus folgenden Haupterwägungen arglistiges Handeln des Beklagten an:

Das Haus sei bewußt als Miethaus veräußert und erworben worden. Nur bei neuen Häusern, nicht aber bei älteren, wie das in Rede stehende eines ist, könne es sich um nur schätzungsweise Mietertragsangaben handeln. Die schriftliche einmalige Vereinbarung von 4500 ℳ Jahreszins mit L. könne den Beklagten nicht decken. Es sei zu dessen Zahlung gar nicht gekommen, da L. ihn nicht habe aufbringen können, er sei nur auf dem Papier gestanden, ebensowenig seien die späteren ergebnislos gebliebenen Verhandlungen des Beklagten mit einem Cafetier über 4500 ℳ Mietzins für diesen Laden erheblich. In Wahrheit habe nach der Beweisaufnahme der Laden niemals einen Mietspreis von 4500 ℳ wirklich erbracht, sondern im höchsten Falle einen solchen von 4000 ℳ, er sei auch während der Besitzzeit des Beklagten manchmal, einmal sogar jahrelang, leer gestanden. Bei dieser Sachlage habe der Beklagte in die Mietaufstellung einen Mietsertrag von 4500 M. nicht einsetzen dürfen, ohne den Vermittler F. oder später den Kläger über die wahren Mietverhältnisse des Ladens aufzuklären. Daß er dies getan habe, sei weder behauptet, noch erwiesen. Die Unterlassung der Aufklärung über höchstens 4000 ℳ Mietsertrag und öfteres Leerstehen des Ladens sei arglistig gewesen. Der Beklagte sei auf die Täuschung des Käufers in der Richtung ausgegangen, daß der Laden durchschnittlich oder regelmäßig 4500 ℳ Miete erbracht habe. Er sei sich bewußt gewesen, daß der Kläger in Kenntnis des wahren Sachverhalts nur einen entsprechend niedrigeren Kaufpreis bewilligt hätte, habe aber die Täuschung als Mittel benutzt, um den Käufer zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises zu bestimmen. Es erscheine auch das Gelingen dieser Täuschung nicht zweifelhaft. Dem Kläger sei darin Glauben zu schenken, daß er ein der Mietsdifferenz entsprechendes Kapital am verlangten Kaufpreise abgezogen haben würde.

Der Revisionsbegründung ist darin beizutreten, daß im Berufungsurteil eine Überspannung der dem Verkäufer obliegenden Offenbarungspflicht enthalten ist. Es kann nach obigem Sachverhalte weder eine Verletzung eines Schutzgesetzes, ein strafrechtlicher Betrug, nach § 823 Abs. 2, noch eine wider die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung nach BGB. § 826, noch ein arglistiges Verschweigen i. S. des § 463 daselbst angenommen werden. Allerdings ist der Verkäufer nach dem Gesetz und der Rechtsprechung verpflichtet, alle die Kaufsache betreffenden erheblichen Umstände, von denen er annehmen muß, daß sie nach allgemeiner Erfahrung den Kauf- und Preisfestsetzungswillen

des Käufers zu beeinflussen geeignet und dem Käufer unbekannt sind, diesem vor Kaufsabschluß mitzuteilen, aber ein Verstoß gegen diese Pflicht kann im Verschweigen der Vorgeschichte der Vermietung des sog. L.schen Ladens hier nicht gefunden werden. Dieser Laden stand zur Zeit der Kaufsverhandlungen, wie dem Kläger wohl bekannt war, leer, welcher Umstand für sich allein dem Käufer bewies, daß er sicher auf diesen oder jenen Mietertrag jener Räume zurzeit und für die nächste Zukunft nicht rechnen könne, daß also die Angabe von 4500 ℳ Jahresertrag in der Mietaufstellung nur eine Schätzung sein könne. Wären in jene auch nur 4000 ℳ oder 3700 ℳ, welchen wahren Mietwert der Kläger zuerst behauptet hat, eingesetzt gewesen, so lehrte doch das augenblickliche Leerstehen des Ladens den Käufer zur Genüge, daß auch die Erlangung eines solchen niedrigen Mietpreises augenblicklich ungewiß sei. Die Einsetzung von 4500 ℳ Jahresertrag bildete also sachlich keine Täuschung, noch viel weniger kann zugegeben werden, daß der Beklagte sich dabei einer Täuschungshandlung bewußt sein mußte oder nur konnte. Er konnte nicht wissen, daß der Kläger die 4500 ℳ für etwas anderes, als eine bloße Schätzung halte, und dem Kläger lag es ob, den Verkäufer darüber zu befragen, auf welchen Grundlagen denn der Ansatz von 4500 M. für den Laden beruhe, von dem er laut der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsrichters wußte, daß er tatsächlich zurzeit keine 4500 ℳ einbringe.

Rechtsirrtümlich nimmt das Kammergericht an, daß der Beklagte auch ungefragt die ganze Vorgeschichte jener Ladenvermietung offenzulegen hatte, und aus diesem Grunde muß der sich darauf beziehende Teil der angefochtenen Entscheidung aufgehoben werden (vgl. JW. 00 S. 780/7; 01 S. 447/43)."

31. **Übertragung eines „Vermögens" durch mehrere selbständige Verträge?** (BGB. § 419). Urt. vom 5. Nov. 07, VII 58/07.

„. . . Schließlich versagt auch der letzte, Verletzung des BGB. § 419 rügende Revisionsangriff. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters handelt es sich vorliegend um Übertragung einzelner Grundstücke durch mehrere selbständige Verträge, bei denen zum Teil noch eine dritte Person als Erwerberin beteiligt ist. Mag schließlich auch durch die Einzelverträge das Grundvermögen des K. zum größten Teil an die Beklagte übertragen sein, so liegt immerhin eine Übertragung des Vermögens im ganzen oder zu einem Bruchteil, wie solche der § 419 verlangt, nicht vor."

32. **Kündigung durch den Zessionar** (BGB. §§ 410, 1160). Urt. vom 19. Okt. 07, V 45/07.

„. . . Das Berufungsgericht hat dann weiter angenommen, daß diese Baugelddarlehen keinenfalls schon fällig seien. Demgegenüber macht die Revision geltend, daß die Klagezustellung als Kündigung gewirkt habe. Allein auch diese Rüge ist nicht begründet. Die Klageschrift enthielt die ausdrückliche Erklärung, daß die Hypotheken für den Kreditverein eingetragen seien und für ihn restieren. Daß der Kreditverein die Hypotheken an die Klägerin abgetreten und damit auf diese das Gläubigerrecht übertragen habe, ist erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht behauptet worden. Die Klageschrift enthielt von einer solchen Abtretung nichts, vielmehr war hier der Anspruch nur auf das angebliche Abkommen vom 2. Januar 1905 gestützt worden. Dementsprechend hat auch die Klägerin selbst in den Vorinstanzen eine Kündigung als durch Zustellung der Klage erfolgt nicht geltend gemacht. Die Kündigung seitens des Zessionars erfordert zu ihrer Wirksamkeit mindestens die Anzeige von der erfolgten Abtretung und damit die Erklärung, daß der Kündigende Gläubiger (BGB. §§ 410, 1160) geworden ist. Hieran hat es vorliegend in der Klage gefehlt."

33. Zum Begriff der Unerheblichkeit eines Gewährsmangels. Geringe Tiefe der Fundamentierung eines Hauses kein Fehler desselben (BGB. § 459). Urt. vom 16. Okt. 07, V 60/07.

„Eine Verletzung des BGB. § 459 liegt nicht vor. Eine unerhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit der Kaufsache, die nach BGB. § 459 Abs. 1 Satz 2 nicht in Betracht kommt, ist nur dann vorhanden, wenn der Fehler der Kaufsache ein so geringfügiger ist, daß der Käufer dafür überhaupt keinen Ersatz verlangen kann. Maßgebend für die Geringfügigkeit des Mangels ist nicht allein die Geringfügigkeit der Kosten, mit denen ihm abgeholfen werden kann. Die Kosten können geringfügig sein und doch braucht die Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit der Sache eine unerhebliche nicht zu sein (RG. V 475/04, JW. 05, 339).

Die Dachkonstruktion des Hauses ist nach der Feststellung des Berufungsrichters mangelhaft. Wenn der Berufungsrichter bezüglich dieses Mangels sagt: ‚Auch dieser Fehler, sowie die durch ihn hervorgerufene Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit ist von dem Gutachter für nicht erheblich erachtet worden', so hat er damit ausdrücken wollen, daß nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 2 vorliegt. Daß der Berufungsrichter bei dieser Feststellung den Begriff der unerheblichen Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit im Sinne der angezogenen Gesetzesbestimmung verletzt habe, ist nicht anzunehmen. Allerdings sagt er, daß infolge der fehlenden Verankerung die Gefahr des Ausbauchens bestehe. Aber deshalb kann der Fehler doch eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit zur Folge haben.

Bezüglich der Fundamentierung des Wohnhauses spricht der Berufungsrichter aus, daß ihre geringe Tiefe als ein Fehler und insbesondere als ein erheblicher Fehler nicht angesehen werden kann. Er will hiermit sagen, ein Fehler läge nicht vor; wenn man aber einen solchen annehmen wollte, so wäre er nicht erheblich. Daß ein Fehler in der geringen Tiefe der Fundamentierung nicht liege, begründet er auch. Es sei in Betracht zu ziehen, daß es sich um ein kleines ländliches Wohnhaus in Oberschlesien handle, welches für einen Kaufpreis von 4650 ℳ verkauft sei, bei dem hinsichtlich der Qualität nur die den örtlichen Verhältnissen entsprechenden geringen Anforderungen gestellt werden könnten. Bei Gebäuden der hier fraglichen Art, und unter den obwaltenden Umständen sei eine tiefere Fundamentierung weder geboten noch üblich. Diese Feststellung trägt die angefochtene Entscheidung. Liegt ein Fehler überhaupt nicht vor, so kann der Käufer Wandlung nicht verlangen.

Der Berufungsrichter sagt zwar weiter in den Gründen seines Urteils: ‚Mag immerhin diese Fundamentierung die Standdauer des Gebäudes beeinflussen, so ist doch nicht anzunehmen, daß sie bedeutenden Schaden anrichten wird. Insbesondere können die Risse als ein Wert und Tauglichkeit in mehr als unerheblicher Weise mindernder Fehler nicht angesehen werden, da sie die Sicherheit des Gebäudes nicht in Frage stellen und mit wenig Kosten leicht zu beseitigen sind.' Hiermit will er aber nur für den Fall, daß man dennoch annehme, die wenig tiefe Fundamentierung des Hauses sei ein Fehler, begründen, daß dieser Fehler nur ein unerheblicher i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 2 sein würde. Mag er hiermit auch die eben angezogene Gesetzesbestimmung verletzt haben, da der Sachverständige A. die Minderwertigkeit des Wohnhauses infolge der wenig tiefen Fundamentierung auf 1/10 des Gebäudewertes schätzt und diese Minderung als eine unerhebliche nicht anzusehen ist, so beruht doch auf dieser Gesetzesverletzung die angefochtene Entscheidung nicht. Letztere wird vielmehr durch den anderen Grund des Berufungsrichters getragen, daß die wenig tiefe Fundamentierung überhaupt kein Fehler des Gebäudes ist. BGB. § 459 spricht von einem Fehler der Sache, die ihren Wert aufhebt oder mindert. Kauft jemand zu geringem Preise eine geringwertige Sache, so kann er nicht Wandlung verlangen, weil der Sache eine Eigenschaft fehlt, bei deren Vorhandensein sie einen höheren Wert hätte . . ."

34. Wann liegt grober Undank des Beschenkten vor? (BGB. § 530). Urt. vom 30. Okt. 07, IV 90/07.

„. . . Nach dem ersten Entwurf des BGB. (§ 449) sollte in Anlehnung an das gemeine Recht (c. 10 Cod. 8, 56) und das PrALR. (I. 11 §§ 1151 ff.) nur wegen einzelner bestimmt bezeichneter Fälle des Undanks ein Widerruf von Schenkungen stattfinden. In der zweiten Kommission wurde ein zur Annahme gelangter, genau dem jetzigen Abs. 1 des BGB. § 530 entsprechender Abänderungsvorschlag gemacht. Zur Begründung wurde angeführt:

‚Der Entwurf gehe, indem er z. B. in jeder körperlichen Mißhandlung des Schenkers einen groben Undank erblicke, unter Umständen zu weit; auf der anderen Seite liege es nahe, auch in anderen vom Entwurfe nicht erwähnten Fällen . . . den Widerruf zuzulassen. Aus diesen Gründen erscheine es . . . richtiger, wegen jeder schweren Verfehlung gegen den Schenker ein Widerrufsrecht zu geben, wenn und soweit in ihr nach den Umständen des Falles ein grober Undank zu erblicken sei.‘

Hiernach gewähren weder die Entstehungsgeschichte noch auch der Wortlaut und Zweck der Vorschrift des BGB. § 530 Abs. 1 einen Anhalt für das vom Berufungsgericht in Anlehnung an eine Bemerkung Staudingers Bd. 2 zu BGB. § 530 aufgestellte Erfordernis, es müsse eine Beziehung zwischen der von grobem Undank zeugenden Handlungsweise des Beschenkten einerseits und dem Schenkungsakte sowie dessen Wohltat andererseits bestehen. Erforderlich ist, daß die schwere Verfehlung einen groben Undank des Beschenkten in sich schließt. Für den Begriff des groben Undanks kommt es, wie das Reichsgericht (Urt. vom 11. Febr. 05 i. S. S./N. V 553/04) bereits ausgesprochen hat, objektiv darauf an, ob die schwere Verfehlung ein gewisses Maß erreicht hat. Daneben kommt in subjektiver Hinsicht auch die Gesinnung in Betracht, von der sich der Beschenkte bei der die Verfehlung enthaltenden Tat leiten ließ. Es kann daher sehr wohl von Bedeutung sein, ob der Beschenkte sich ohne Veranlassung lieblos gezeigt hat, oder ob er unter dem Eindruck einer schweren Reizung seitens des Schenkers stand. Darüber, ob im Einzelfall die Handlungsweise des Beschenkten sich als grober Undank darstellt, hat der Richter unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden . . .“

35. Zum Begriff der Zusicherung von Eigenschaften (BGB. § 537). Urt. vom 8. Nov. 07, III 125/07.

„. . . Zutreffend nimmt das Berufungsgericht zur Voraussetzung, daß die Angaben des Vermieters über Eigenschaften der Mietsache Zusicherungen i. S. BGB. § 537 nur in dem Falle sind, daß sie in der Absicht, für die Richtigkeit einzustehen, erteilt erscheinen, und ohne Rechtsverletzung stellt dasselbe fest, daß den Erklärungen des Beklagten solche Absicht nicht zu entnehmen ist.“

36. Über Haftung des Gastwirtes für den Schaden, den ein Gast durch Sturz aus einem offenen Fenster des ihm angewiesenen Zimmers erleidet (BGB. §§ 537, 538 [276, 278]). Urt. vom 18. Okt. 07, III 101/07.

„Der Kläger ist am 31. Mai 1904, als er im Gasthause des Beklagten in H. übernachten wollte, in dem Zimmer, das ihm angewiesen wurde, aus dem Fenster auf die Straße gestürzt und hat sich schwer verletzt. Die Brüstung des Fensters hatte nur eine Höhe von 55 cm über dem Zimmerfußboden, die nach außen schlagenden Fensterflügel waren nicht geschlossen, der Vorhang herabgelassen, so daß er das Fenster bedeckte und nicht erkennen ließ, ob es offen oder geschlossen sei. Über den Hergang des Unfalls behauptet der Kläger, er habe sich in der Nähe des Fensters, diesem den Rücken kehrend, stehend die Stiefel ausziehen wollen, dabei sei er, als er den linken Stiefel mit den Händen gefaßt hielt und daran zog, ausgeglitten und rücklings durch das Fenster hinausgefallen. Er macht den Beklagten für den entstandenen Schaden verantwortlich . . . Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über die

Übernachtung des Klägers im Gasthause des Beklagten ist ein Mietvertrag und die Rechte und Pflichten der Streitteile sind demnach auf Grund des BGB. §§ 535 ff. zu bestimmen. Würde anzunehmen sein, daß die festgestellte Beschaffenheit des Fensters ein Fehler des angewiesenen Wohnraumes sei, der seine Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebe oder mindere, so würde der Beklagte dem Kläger für den entstandenen Schaden haften, ohne daß dabei ein ihm zur Last fallendes Verschulden erfordert würde (BGB. §§ 537, 538). Soweit aber der entstandene Schaden nicht auf einen solchen Fehler der vermieteten Sache, sondern auf anderweite Verletzung der Vertragspflichten durch den Beklagten zurückzuführen wäre, würde seine Haftung durch ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten oder seiner Gehilfen (BGB. §§ 276, 278), durch die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in bezug auf die Sicherheit seiner Gäste bedingt sein (JW. 07, 73 Nr. 2).

Nach dem was über die Lage und die Beschaffenheit des Fensters zur Zeit des Unfalls festgestellt ist, kann jedoch weder angenommen werden, daß der Beklagte ein nicht dem Vertrage entsprechendes, mit einem Fehler i. S. BGB. § 537 behaftetes Zimmer dem Gaste zur Verfügung gestellt hat, noch daß er es sonst an der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt irgendwie hat fehlen lassen.

Die Fenster eines Wohnraumes haben den Zweck, ihm Licht und Luft zuzuführen und dem Bewohner den Ausblick zu gestatten. Ihre Öffnungen bedingen andrerseits aber auch eine gewisse Gefahr. Die Gefahr des Hinausfallens, die an sich bei jedem Fenster vorhanden ist, steigert sich, wenn die Brüstungen der Fenster sehr niedrig sind. Trotzdem werden niedrige Brüstungen sehr häufig verwendet, weil sie den freien Ausblick und den Zutritt von Licht und Luft begünstigen. Ein bestimmtes Maß für die Höhe dieser Brüstungen, das der Verkehr als unerläßlich ansähe, gibt es nicht, die Bauweise zeigt allenthalben solche Verschiedenheiten, daß man von einem Fenster mit einer 55 cm hohen Brüstung nicht sagen kann, es überschreite die verkehrsübliche Gefährlichkeitsgrenze. Für den gewöhnlichen und vorauszusetzenden Gebrauch des Zimmers durch Erwachsene ist ein solches Fenster kein störender oder beeinträchtigender Mangel. Das gilt auch für ein Gasthaus, wie es der Beklagte unter den einfachen Verhältnissen einer Kleinstadt betreibt. In der Anweisung des fraglichen Zimmers zur Übernachtung kann demnach eine Verletzung der Vertragspflichten durch den Beklagten nicht gefunden werden. Eine Haftung des Beklagten für den eingetretenen Schaden auf Grund des BGB. § 538 ist ausgeschlossen. Auch sonst ergibt der festgestellte Sachverhalt nicht, daß der Beklagte seine Pflicht, für die Verkehrssicherheit der Gasträume zu sorgen, vernachlässigt habe. Das Berufungsgericht findet eine mitwirkende Ursache für den Sturz des Klägers in dem Umstande, daß die Flügel des Fensters nicht geschlossen und durch den herabgelassenen Vorhang verdeckt waren. In diesem Umstande ist eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung des Beklagten oder seiner Gehilfen nicht zu erblicken. Es ist in Gasthäusern allgemein üblich, in der warmen Jahreszeit — der Unfall trug sich am 31. Mai zu — die Fenster offen zu lassen, bis der Gast das Zimmer in Gebrauch nimmt. Ebenso ist es angemessen, den Vorhang des Fensters herabzulassen, sei es um den Einblick von außen, sei es um das Eindringen von Staub usw. abzuhalten. Mag es für große Verhältnisse auch üblich sein, daß die Bedienung, die den Gast auf das Zimmer geleitet, die Fenster schließt, in den Verhältnissen des Beklagten und seines Gasthauses enthielt es keinen Verstoß gegen die Sorfalt im Verkehr, wenn die Frau des Beklagten, die den Kläger nach seinem Zimmer brachte, diesem selbst überließ, das Fenster zu schließen oder es auch offen zu lassen, wie es ihm beliebte."

37. Genehmigung der Übernahme von Hypothekenschulden (BGB. §§ 416, 415). Urt. vom 24. Okt. 07, IV 529/07.

„. . . Die Bestimmungen des § 416 sind hervorgegangen aus Beschlüssen der Kommission für die zweite Lesung (vgl. Kommissionsprotokoll 1, 413 ff.).

Man beabsichtigte, dem Veräußerer eines Grundstücks die Befreiung von der persönlichen Haftung für die das Grundstück belastenden Hypothekenschulden zu erleichtern. Zu diesem Zwecke sollte nach Entwurf 1 § 315 eine Vorschrift eingesetzt werden, die nach dem Vorschlage der Redaktionskommission lautete: „Hat im Falle der Veräußerung eines Grundstücks der Erwerber mit dem Veräußerer die Übernahme einer Schuld desselben vereinbart, für welche eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so gilt die Genehmigung des Gläubigers als erteilt, wenn der Gläubiger nach Empfang der ihm von dem Veräußerer gemachten Mitteilung nicht binnen sechs Monaten die Genehmigung verweigert; die Vorschrift des § 315 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung. Die Verweigerung der Genehmigung kann, auch wenn die Mitteilung von dem Erwerber gemacht ist, nur dem Veräußerer gegenüber erklärt werden. Die Mitteilung des Veräußerers kann wirksam erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich gemacht werden und den Hinweis enthalten, daß, wenn die Verweigerung nicht innerhalb der Frist erklärt werde, der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners trete.' Bei dieser Fassung konnte kein Zweifel bestehen, daß die Sondervorschrift — von Satz 2 abgesehen — lediglich darüber Bestimmungen geben sollte, unter welchen Voraussetzungen das Stillschweigen des Gläubigers als Genehmigung zu gelten habe.

Die von der Redaktionskommission beschlossene Fassung des § 315a wurde beanstandet. Es wurde das Bedenken geäußert, der Erwerber könne nach Entwurf 1 § 315 dem Gläubiger die Mitteilung von der Schuldübernahme machen und eine Frist setzen, mit deren Ablauf die Genehmigung gemäß § 315 als verweigert gelte. Um dem vorzubeugen, wurde beschlossen, nur den Veräußerer für berechtigt zu erklären, die Schuldübernahme nach Maßgabe des § 315 Abs. 1 dem Gläubiger zur Genehmigung mitzuteilen (Kommissionsprotokoll 2, 472). Als Entwurf 2 § 359 erhielt die Vorschrift alsdann die Fassung:

„Hat der Erwerber eines Grundstücks mit dem Veräußerer die Übernahme einer Schuld desselben vereinbart, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme wirksam nur genehmigen, wenn sie ihm von dem Veräußerer mitgeteilt ist. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Gläubiger nicht binnen sechs Monaten nach dem Empfang der Mitteilung die Genehmigung dem Veräußerer gegenüber verweigert; die Vorschrift des § 358 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Die Mitteilung des Veräußerers kann wirksam erst erfolgen, nachdem der Erwerber als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich gemacht werden und den Hinweis enthalten, daß, wenn die Verweigerung nicht innerhalb der sechs Monate erklärt wird, der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.'

Dem Wortlaute nach enthält diese Vorschrift, die mit unwesentlichen Änderungen in § 416 Gesetz geworden ist, in Satz 1 eine Beschränkung des Rechts des Gläubigers, durch seine Genehmigung die Schuldübernahme zu seinen Gunsten wirksam zu machen. Gewollt war jedoch eine Bestimmung dieses Inhaltes nicht; man hatte bloß bestimmen wollen, die Mitteilung, auf die hin der Gläubiger bei Vermeidung des Eintritts der gesetzlichen Fiktion sich zu erklären habe, dürfe nur von dem Veräußerer ausgehen. Wird Satz 1 des § 416 in diesem Sinne ausgelegt, so bietet, wie in der Entsch. des RG., 5. ZS., vom 10. März 06 (RGZ. 63, 49) schon dargelegt ist, die Auslegung der übrigen Sätze des Paragraphen keine Schwierigkeiten. Der Paragraph enthält alsdann in Abs. 1 u. 2 lediglich Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die Fiktion der Genehmigung eintrete. Im übrigen findet § 415 auch auf die Übernahme von Hypothekenschulden Anwendung, wie denn in § 416 Abs. 1 Satz 2 einzig und allein die Vorschrift in Satz 2 Abs. 2 des § 415 — Fiktion der Verweigerung der Genehmigung — als nicht anwendbar bezeichnet ist.

Daraus ergibt sich, daß der Berufungsrichter, der festgestellt hat, die Gläubigerin habe die Schuldübernahme genehmigt, mit Recht seine Entscheidung auf § 415 gestützt hat."

38. Einwand der Arglist gegenüber der Berufung auf Unwirksamkeit des Vertrages wegen Formmangels (BGB. §§ 563, 566, 826, 249). Urt. vom 15. Nov. 07, III 142/07.

„Ob die Ausführung des Berufungsgerichts zu billigen wäre, daß die von dem Beklagten einredeweise behauptete nachträgliche mündliche Vereinbarung, es solle die Bestimmung des § 21 des Mietvertrags vom 9. Aug. 01 und 27. Nov. 02 dann nicht Platz greifen, wenn die Kündigung des Mietverhältnisses durch den Kläger erfolge, formlos gültig sei, weil die nach BGB. § 566 für den Mietvertrag vorgeschriebene Schriftform sich auf Nebenabreden nicht beziehe und die Parteien eine bloß vertragsmäßig festgesetzte Formvorschrift nachträglich jederzeit beliebig und formlos ändern könnten, kann dahingestellt bleiben. Denn auch wenn man annimmt, daß die von dem Beklagten behauptete nachträgliche mündliche Änderung des § 21 des Mietvertrages schon nach BGB. § 566 zu ihrer vollen Gültigkeit der Schriftform bedurft hätte, stellt sich doch die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnisse als richtig dar (ZPO. § 563). Die Wirkung des Mangels der Form wird nämlich hier in jedem Falle dadurch beseitigt, daß der Beklagte nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten selbst die Schuld daran trägt, daß die Form nicht beobachtet worden ist. Zwar muß auch nach dem Rechte des BGB. gelten, was schon für das gemeine deutsche und das preußische Recht anerkannt war, daß die sog. exceptio doli generalis nicht dazu gemißbraucht werden darf, die Formvorschriften der Gesetze als etwas wider Treu und Glauben Gehendes zu beseitigen (vgl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 6. Aufl., Bd. 1 § 31 a. E. S. 163). Deshalb kann in dem bloßen Hinweise einer Partei darauf, daß die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gesetzlich erforderliche Form nicht beobachtet worden sei, niemals eine Arglist gefunden werden (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 18. Jan. 87, RGZ. 17, 403). Aber darum allein handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Der Beklagte macht vielmehr geltend, er sei bereit gewesen, die Abänderung schriftlich abzufassen, der Kläger habe dies aber für unnötig erklärt. Läßt sich hiernach auch, immer vorausgesetzt, daß das tatsächliche Vorbringen des Beklagten erwiesen wird, nicht ohne weiteres behaupten, der Kläger habe damals absichtlich die schriftliche Abfassung der Abänderung verhindert, um sich später gegebenenfalls auf den Mangel der Schriftform berufen zu können, so handelt er doch jedenfalls jetzt wider Treu und Glauben, wenn er aus seinem eigenen damaligen Verschulden, das allein die Ursache ist, weshalb die Änderung nicht schriftlich abgefaßt worden ist, zum Nachteile des Beklagten für sich einen Vorteil herleiten will. Mindestens dieses jetzige Verhalten des Klägers begründet daher die Einrede der Arglist, und zwar mit der Wirkung, daß er gemäß den nach BGB. §§ 826, 249 leitenden Grundsätzen sich gegenüber das Sachverhältnis so gelten lassen muß, wie es sich gestaltet hätte, wenn er damals dem berechtigten Verlangen des Beklagten nach schriftlicher Abfassung der auch nach seiner Willensmeinung bindend getroffenen Vereinbarung über die Abänderung des § 21 des Mietvertrages nachgekommen wäre (vgl. RGZ. 58 S. 356, 408).

Hiernach erscheint das Schutzvorbringen des Beklagten jedenfalls als Einrede der Arglist erheblich und es ist deshalb mit Recht vom Berufungsgerichte zum Gegenstande der Beweisaufnahme gemacht worden . . ."

39. Treu und Glauben beim Pachtvertrag (BGB. §§ 581 ff., 242). Urt. vom 8. Nov. 07, III 131/07.

„. . . Nirgends verlangt Treu und Glaube bei der Verpachtung von Grundstücken zum Zwecke der Gewinnung von Bodenbestandteilen zu gewerb-

licher Verwertung beim Mangel einer besonderen Vertragsbestimmung, daß der Verpächter dafür einstehe, daß die Verarbeitung und der Vertrieb der hergestellten Erzeugnisse sich auch lohnend gestalte. Die Frage, ob dies der Fall sein wird, hat sich vielmehr der Pächter selbst zu beantworten, ehe er sich auf die Pachtung einläßt. Im vorliegenden Falle aber muß dies um so mehr gelten, als der Kläger sich selbst als ‚Ziegelfabrikant' bezeichnet, also gerade selbst die erforderliche Sachkunde zur richtigen Beantwortung jener Frage besitzen mußte, während sie von dem Beklagten als Architekten nicht ohne weiteres erwartet werden konnte."

40. Gesundheitsgefährdende Beschaffenheit eines Dienstraumes (Schiffsküche); Haftung des Dienstberechtigten auch bei Unkenntnis des Mangels (BGB. §§ 618, 278). Urt. vom 16. Okt. 07, I 328/07.

„Das Oberlandesgericht geht zutreffend davon aus, daß ein Schiffskoch sich nicht darüber beschweren könne, daß er bei seinen Verrichtungen höhere Temperaturen, als die meisten anderen auf dem Schiffe Angestellten oder die Küchenbediensteten auf dem Lande, ertragen müsse, wohl aber verlangen dürfe, daß die Küche nach Raum und Ventilation den an sie gestellten Anforderungen entsprechend eingerichtet sei. Es hält für möglich, daß die höchstens 6,8 cbm fassende Küche des Dampfers Hansa für dessen Besatzung und eine geringe Anzahl Passagiere ausreichend groß sei, stellt dagegen fest, daß sie keinesfalls genügt habe, um auf den Reisen von L. für 120 Menschen 3—4 Tage lang zu kochen oder, um auf der Fahrt nach B. allwöchentlich für mehr als 500 Auswanderer Kaffee zu kochen, infolgedessen sich eine derartige Temperatur entwickelt habe, daß man die in der Küche stehenden Teller nur mittels Tüchern habe anfassen können. Diese Feststellungen und der hieraus vom Oberlandesgericht gezogene Schluß, daß die Vorgänge das einem Schiffskoch Zuzumutende überstiegen hätten, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision vermißt auch nur eine Erörterung darüber, daß es den berufenen Organen der Beklagten bekannt gewesen sei oder hätte erkennbar sein müssen, daß die Arbeit im Küchenraume der Hansa die Gesundheit des Kochs gefährde, und Abhilfe durch entsprechenden Umbau geschaffen werden müsse, und rügt die Verletzung des BGB. § 618, weil der auf diesen Paragraph gestützte Schadensersatzanspruch des Dienstverpflichteten ein Verschulden des Dienstberechtigten voraussetze. Allein das Oberlandesgericht bezweifelt nicht und stellt damit fest, daß ein entsprechender Umbau der Küche, um sie den gekennzeichneten Verwendungsarten anzupassen, möglich gewesen sei. Damit ist der dem Kläger obliegende Beweis, daß die Beklagte die erforderlichen Vorkehrungen nicht getroffen habe, erbracht. Die Beklagte kann daher bei der sie nach § 618 treffenden Verpflichtung, den Küchenraum so einzurichten und zu unterhalten, daß der Kläger gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt war, als die Natur der Dienstleistung es gestattete, mit dem Einwande, daß sie die mangelhafte Beschaffenheit der Küche nicht gekannt habe, nicht gehört werden. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, bevor sie Dienste des Klägers in Anspruch nahm, die er ohne Gefährdung seiner Gesundheit bei der bestehenden Kücheneinrichtung nicht leisten konnte, Schutzvorrichtungen zu treffen. Unterlassungen ihrer Vertreter und Gehilfen hat die Beklagte nach BGB. § 278 zu vertreten.

Den ursächlichen Zusammenhang zwischen der auf den gefährlichen Wechsel von übergroßer Hitze und Zug oder Kälte zurückzuführenden Krankheit des Klägers und den Übelständen der Schiffseinrichtung und den Diensten des Klägers hält das Oberlandesgericht für erwiesen. Seine auf tatsächlichem Gebiete liegende Feststellung gibt zu rechtlichen Bedenken keine Veranlassung."

41. Abnahmepflicht beim Werkvertrag; unerheblicher Mangel (BGB. §§ 640, 634). Urt. vom 1. Nov. 07, VII 42/07.

„. . . Abnahmepflicht besteht nur hinsichtlich eines vollständig vertragsmäßig hergestellten Werks, auch unbedeutende Mängel schließen die Verpflich-

tung zur Abnahme aus. Die im ersten Entwurfe eines BGB. — § 572 Satz 2 — enthaltene Bestimmung, daß der Besteller die Abnahme wegen eines den Wert oder die Tauglichkeit nur im unerheblichen Maße verringernden Mangels nicht verweigern könne, ist in den jetzigen § 640 des BGB. nicht übernommen. Sofern das Möbelstück noch nicht abgenommen ist, kommt es sonach darauf, ob der vorerwähnte Fehler ein erheblicher Mangel ist oder nicht, überhaupt nicht an.

Aber auch, wenn mit der Revision angenommen wird, Beklagter wende gegen die Klage Rückgängigmachung des Vertrages durch Wandlung ein, ist die Entscheidung nicht rechtsirrig. Bei einem zur Zierde dienenden Möbelstücke, für dessen Anfertigung 1930 M. zugebilligt sind, ist ein Fehler in der Konstruktion, zu dessen Beseitigung, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, ein Zeitraum von etwa drei Wochen erforderlich ist, kein unerheblicher Mangel i. S. des BGB. § 634 Abs. 3."!

42. **Recht des Bauschlossers auf Sicherungshypothek** (BGB. § 648). Urt. vom 22. Okt. 07, VII 192/07.

„. . . Daß der Kläger durch die Leistung von Schlosserarbeiten und Lieferungen von Materialien hierzu Unternehmer eines Teils des Neubaues der Beklagten im Sinne des BGB. § 648 geworden ist, stellt die Revision mit Unrecht in Abrede. Die erwähnte, zum besten der Bauhandwerker getroffene Bestimmung gewährt allen, die infolge eines unmittelbar mit dem Bauherrn geschlossenen Werkvertrages Arbeiten bei Errichtung eines Bauwerkes oder eines Teils desselben geleistet haben, das Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Zur Errichtung des Neubaues eines Wohnhauses gehören, ebenso wie Maurer-, Zimmerer-, Dachdeckerarbeiten usw., auch unbedenklich die Schlosserarbeiten. Derjenige, welcher sie als Werkmeister des Bauherrn leistet, wird damit Unternehmer eines einzelnen Teils des Bauwerks, denn dieser Begriff erfordert nicht die körperliche, kubische Abgegrenztheit des Teils (RGZ. 57, 380; 58, 303; 63, 313)."

43. **Differenzgeschäft** (BGB. § 764). Urt. vom 23. Okt. 07, I 4/07.

„Nach BGB. § 764 ist ein auf Lieferung von Waren gerichteter Vertrag nicht nur dann als Spiel anzusehen, wenn die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit als Geschäftsgegenstand vereinbart ist. Vielmehr gilt das gleiche auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf Zahlung der Differenz gerichtet war, der andere Teil aber die Absicht kannte oder kennen mußte. Naturgemäß wird die innere Absicht in vielen Fällen unter freier Beweiswürdigung (ZPO. § 286) aus Indizien erschlossen werden müssen, wobei es zumeist auf die Zusammenfassung verschiedener Umstände ankommen wird. Im vorliegenden Falle war der Beklagte als Reisender einer Schokoladenfabrik angestellt. Auf Wunsch des Klägers, dem dies bekannt war, hatte er vor Eingehung der streitigen Geschäfte 3000 bis 4000 ℳ Sicherheit hinterlegt. Zu diesem Betrage des Depots standen die Summen, über die kontrahiert wurde, in auffälligem Mißverhältnis. Es handelte sich bei den fünf Maisverkäufen um insgesamt 800 Tonnen zum Preise von 88 200 ℳ; schon das erste Geschäft betraf 200 Tonnen zu 21 000 ℳ. Aus diesem Sachverhalte entnimmt der Berufungsrichter, indem er die Berufsstellung des Beklagten, die hohen Abschlüsse und das geringe Depot erwägt, daß der Beklagte nur um die Differenz spielen wollte und der Kläger diesen Willen gekannt hat. Dabei bezeichnet er es als unerheblich, ob letzterer bei Eingehung der Geschäftsverbindung mit Zustimmung des Beklagten erklärt hat, er mache nur Effektivgeschäfte. Der Berufungsrichter bemerkt dazu, auch eine solche Erklärung und solche Zustimmung könnten sehr wohl zum Schein ausgetauscht sein. Mit Unrecht wird diese Bemerkung von der Revision angegriffen . . ."

44. „Strohmann" für den Betrieb der Gastwirtschaft; Ausschluß der Bereicherungsklage wegen Unsittlichkeit (BGB. §§ 812, 817, 139). Urt. vom 22. Nov. 07, III 157/07.

„Das Berufungsgericht hat den auf die Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 15. August 1902 gestützten und auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichteten Anspruch des Klägers abgewiesen, weil der Kläger durch die Zahlung dieses Kaufpreises gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen habe und deshalb der im BGB. § 817 Satz 2 ausgesprochene Grundsatz durchgreife.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 812, 817 BGB. und sucht auszuführen, daß der vorliegende Kaufvertrag objektiv keinerlei Merkmale der Unsittlichkeit an sich trage.

Die Revision ist nicht begründet.

Der Kläger geht selbst von der Nichtigkeit des Kaufvertrages aus und führt sie auf den Zusammenhang dieses Vertrags mit dem Mietvertrage vom selben Tage über die Gastwirtschaft der Witwe L. zurück, der wegen Verstoßes gegen Gesetz und gute Sitten nichtig gewesen sei. Über diesen Zusammenhang der beiden Verträge hat nun das Berufungsgericht festgestellt, daß beide ein einheitliches Ganzes bilden, daß sie aus dem gleichen wirtschaftlichen Anlasse hervorgegangen seien und den gleichen wirtschaftlichen Erfolg bezweckt hätten, nämlich in Verbindung mit dem weiteren, zur Täuschung der Polizei getätigten Vertrage vom 15. September 1902 den Kläger in den Stand zu setzen, die der Witwe L. konzessionierte Wirtschaft als selbständiger Inhaber zu betreiben, ohne selbst die Konzession zum Betriebe zu besitzen.

Aus diesen Feststellungen folgt, daß beide Verträge, der Mietvertrag und der Kaufvertrag, in ihrer Verbindung auf dasselbe verbotene und ungesetzliche Ergebnis abzielten und aus diesem Grunde nichtig waren (RGZ. 63, 143 ff.). Aus den Feststellungen ergibt sich aber auch weiter, daß dem Kläger ein Verstoß, wie ihn BGB. § 817 Satz 2 voraussetzt, zur Last fällt, weil er mit der Zahlung des Kaufpreises bezweckt hat, sich das zum Wirtschaftsbetriebe erforderliche Inventar zu verschaffen und so den Betrieb der Wirtschaft unter Täuschung der Polizei, also unter Verstoß gegen die guten Sitten zu beginnen und fortzusetzen (RGZ. 63, 353). Daß sich der Kläger des Unsittlichen seines Tuns bewußt war, wird vom Berufungsgerichte ausdrücklich festgestellt. Damit ist sein Anspruch auf Rückerstattung der von ihm gemachten Leistung gemäß BGB. § 817 Satz 2 ausgeschlossen. Daran ändert es auch nichts, daß der Kläger nicht den unsittlichen Charakter des Kaufvertrags selbst als den Grund der Nichtigkeit des Vertrages angeführt, diese Nichtigkeit vielmehr unter Berufung auf BGB. § 139 als eine objektive Folge der Unsittlichkeit des mit ihm verbundenen Mietvertrags geltend gemacht und demgemäß seine Klage nicht auf § 817 Satz 1, sondern auf BGB. § 812 gestützt hat. Denn es ist der vom zweiten Zivilsenate des Reichsgerichts in dem Urt. vom 29. Mai 06 (RGZ. 63, 346 ff.) ausgesprochenen Meinung beizutreten, daß BGB. § 817 Satz 2 nicht nur gegenüber einem auf BGB. § 817 Satz 1 gegründeten Bereicherungsanspruche Platz greift, sondern allgemein bei allen Bereicherungsansprüchen Anwendung zu finden hat, wenn ein ihm entsprechender Tatbestand zugrunde liegt. Da letzteres, wie gezeigt, hier der Fall ist, so hat das Berufungsgericht die Klage mit Recht abgewiesen."

45. Nachträglicher Wegfall der zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhandenen Bereicherung (BGB. §§ 812, 818). Urt. vom 15. Nov. 07, III 211/07.

„Das Berufungsgericht gelangt zur Zurückweisung der Berufung gegen das die Klage abweisende erste Urteil, weil nach dem Gutachten des Sachverständigen R. das Haus der Beklagten zwar durch die von dem Zedenten der Klägerin — D. — vorgenommenen baulichen Veränderungen eine Wertssteigerung von 1736 ℳ erfahren, dagegen aber auch einen Wertverlust in der

Gebäudenutzung erlitten habe, und daß die Aufwendungen, welche die Beklagte zur Beseitigung dieses Wertverlustes für Einrichtung eines Ladens zu machen hatte, 1746 ℳ, also mehr als die Werterhöhung betrügen.

Die Revision rügt Verletzung des BGB. §§ 812, 818 Abs. 3: die Frage, ob eine Bereicherung vorliege, und die Verpflichtung zum Ersatz darum aufhöre, weil der Empfänger nicht mehr bereichert sei, könne nur nach dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs beurteilt werden; zu dieser Zeit sei der Bereicherungsanspruch begründet gewesen; für diejenigen Folgen, die aus der angeblichen späteren Unmöglichkeit, das Haus in der bisherigen Weise zu benutzen, entstanden seien, habe die Klägerin nicht aufzukommen.

Diese Rüge ist nicht begründet. Richtig ist zwar, daß zur Zeit der durch Erhebung der Klage im Oktober 1902 eingetretenen Rechtshängigkeit die Werterhöhung des Hauses der Beklagten um 1736 ℳ durch die von D. mit Zustimmung der Beklagten zur Einrichtung einer Schankwirtschaft vorgenommene bauliche Veränderung erfolgt und hiernach der Bereicherungsanspruch begründet war. Nicht zutreffend ist aber die Behauptung der Revision, daß der Wegfall einer zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhandenen Bereicherung und des darauf gestützten Bereicherungsanspruchs nicht auch durch spätere Ereignisse begründet werden könnte. Im vorliegenden Falle steht fest, daß die Beklagte, nachdem D. von dem ihr Haus betreffenden Mietvertrag vom 15. Mai 1900 zurückgetreten war, die Wirtschaft an den Kaufmann B. verpachtet, der Bezirksausschuß zu M. aber durch Entsch. vom 29. Okt. 03 die Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft versagt hat, weil die Wirtschaft in den letzten beiden Jahren infolge der Bedienung durch Kellnerinnen und der in ihr stattfindenden musikalischen Vorträge einen völlig andern Charakter gewonnen habe, und für derartige Wirtschaften in P. ein Bedürfnis nicht vorhanden sei. Die Beklagte hat darauf, um aus dem Hause Nutzen zu ziehen, ein Ladengeschäft eingerichtet und zu diesem Zweck einen Umbau des Hauses vorgenommen. Den hierdurch verursachten Kostenaufwand kann sie zur Beseitigung der bei Erhebung der Klage vorhandenen Bereicherung in Gegenrechnung stellen, wenn ihre Aufwendungen in einem ursächlichen Zusammenhang stehen mit dem Tatbestand, der die Grundlage des Bereicherungsanspruchs bildet. In dieser Beziehung hatte die Beklagte behauptet, daß an der Versagung der Erlaubnis zum Schankwirtschaftsbetriebe für B. die Schuld allein D. trage, weil er in der Wirtschaft die Damenbedienung eingeführt habe. Ist dies richtig, dann ist der erforderliche ursächliche Zusammenhang als vorhanden anzusehen. Aber auch als Schadensersatzanspruch ist die Forderung der Beklagten auf Ersatz der Kosten des Umbaues begründet, wenn D. es verschuldet hat, daß die Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft entzogen und infolgedessen der Umbau nötig wurde.

Hiernach kam es für die Entscheidung der Frage, ob die zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhandene Bereicherung durch die späteren Aufwendungen der Beklagten wieder aufgehoben wird, auf die Behauptung der Beklagten an, daß D. die Damenbedienung in der Wirtschaft eingeführt habe . . ."

46. Eintrag einer Hypothek auf einem verkauften Grundstücke nach Pfändung des Auflassungsanspruchs des Käufers (BGB. §§ 823, 826; StGB. § 137). Urt. vom 21. Okt. 07, VII 527/06.

Der Beklagte hatte an N. ein Grundstück verkauft. Kläger pfändete den Anspruch des N. auf Auflassung dieses Grundstücks. Hiernach ließ Beklagter für einen Dritten eine Hypothek darauf eintragen.

Aus den Gründen:

„. . . Nach dem Beschlusse der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 8. März 93 (RGSt. 24, 40 ff.) findet StGB. § 137 auf die Pfändung von Forderungen keine Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn die Forderung auf Übertragung einer körperlichen Sache gerichtet ist (RGSt. 24, 202).

Damit entfällt der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gemäß BGB. § 823 Abs. 2. Gegen die Heranziehung des BGB. § 823 Abs. 1 erhebt sich das Bedenken, daß nach der auch vom erkennenden Senat geteilten Ansicht des 6. ZS. des Reichsgerichts die Verletzung eines obligatorischen Rechts durch einen Dritten nicht unter BGB. § 823 Abs. 1 fällt (RGZ. 57, 353; 59, 326) und daß es mindestens zweifelhaft ist, ob sich dies dann anders verhält, wenn jene Verletzung mittelbar das Pfandrecht an der Forderung als dem beschädigten Gegenstand trifft. Will man auch dieses Bedenken insbesondere mit dem Hinweis darauf beseitigen, daß der Beklagte W. nicht als Dritter, sondern als Vertragsgegner des N., aus dessen Recht der Kläger seinen Anspruch herleitet, in Betracht kommt, so ist doch der Revision darin beizustimmen, daß das Verhalten des Beklagten nach dem vom Berufungsrichter festgestellten Sachverhalte nicht als schuldhaft angesehen werden kann — womit sich die Anwendung des BGB. § 826 von selbst erledigt ..."

47. Streupflicht bei Bodenglätte (BGB. § 823). Urt. vom 14. Okt. 07, VI 44/07.

„... Das Berufungsgericht geht nun zutreffend davon aus, daß für die Betätigung der Streupflicht auch hinsichtlich der Zeit des Streuens das Maß des Verkehrs bestimmend sei. Es kann nicht verlangt werden, daß schon zu einer Zeit, wo auf dem betreffenden Wege oder Platze ein irgendwie erheblicher Verkehr noch nicht stattzufinden pflegt und nicht zu erwarten ist, das Bestreuen vorgenommen wurde. In dieser Beziehung aber sind immer die konkreten Verhältnisse in Rücksicht zu ziehen, wie das auch in dem vom Berufungsgerichte angeführten Urteile des erkennenden Senats, ebenso im Urt. vom 17. Sept. 06 M .../T ... VI 611/05 ausgesprochen ist ..."

48. Schädenanspruch des großjährigen Kindes eines Getöteten (BGB. §§ 823, 844, 1602; HaftpflG. § 3). Urt. vom 17. Okt. 07, VI 5/07.

„... Auf Grund dieser Gesetze erhebt nun die Revision gegen den Anspruch der Klägerin zu 2 den Einwand, diese habe als großjähriges Kind nach BGB. § 1602 nur insoweit einen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung des Unterhalts von seiten ihres Vaters gehabt, als sie außerstande sei, sich selbst zu unterhalten. Daß diese Voraussetzung für den von ihr erhobenen Rentenanspruch vorgelegen habe, sei von ihr zwar behauptet, indem sie angegeben habe, sie sei lungenkrank und außerstande, ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Aber der Beklagte habe diese Angaben ausdrücklich bestritten und der Berufungsrichter sei auf diese streitigen Tatsachen nicht eingegangen. Ohne deren Feststellung könne aber der von der Klägerin zu 2 erhobene Leistungsanspruch nicht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden. Die Beschwerde ist begründet. Sowohl nach dem HaftpflG. wie nach BGB. § 844 ist der Beklagte nur insoweit zum Schadensersatz verpflichtet, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts gesetzlich verpflichtet gewesen sein würde und die gesetzliche Pflicht besteht nur, wenn das großjährige Kind außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Solange nicht festgestellt ist, daß dieser Fall vorliegt, besteht nur die Möglichkeit, daß der Getötete kraft Gesetzes unterhaltungspflichtig werden konnte, und es kann dann nicht die Verurteilung zur Zahlung einer den Unterhalt ersetzenden Rente, sondern nur die Feststellung gefordert werden, daß, im Falle die erwähnte gesetzliche Voraussetzung später eintreten sollte, die Ersatzpflicht des Beklagten besteht. Demnach mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden, insoweit es den Leistungsanspruch der Tochter für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt hat ..."

49. Falsche Angaben des Mäklers über die Zahlungsfähigkeit des Käufers (BGB. §§ 826, 254, 454). Urt. vom 28. Okt. 07, VI 7/07.

„Der Kläger hat am 23. September 1902 zwei ihm gehörige Grundstücke an den Ingenieur S. und an einen gewissen K. verkauft, wobei der Kauf-

preisrest von 36 000 ℳ bis zum 1. Oktober 1902 gestundet wurde. Der Beklagte, der als Mäkler des Klägers tätig gewesen war, hatte diesem die Käufer zugeführt, auch einen Teil der Kaufsverhandlungen geführt. Das Berufungsgericht nimmt für erwiesen an, daß S. um diese Zeit und zur Zeit des Kaufsabschlusses insolvent war, insbesondere die Mittel zur Vertragserfüllung nicht im Entferntesten besaß, sie sich auch durch Inanspruchnahme seines Kredits nicht verschaffen konnte. Der Beklagte habe dies gewußt und trotzdem bei den Kaufsverhandlungen dem Kläger die Auskunft gegeben, S. sei solvent. Durch diese Auskunft sei der Kläger zum Abschluß des Kaufvertrages bestimmt worden. Auf die Verhältnisse des K. hätten die Parteien kein Gewicht gelegt. Der Beklagte habe sich mindestens als höchst wahrscheinlich vorgestellt, daß der Kläger durch den Abschluß des Kaufvertrags empfindlichen Vermögensschaden erleiden werde, und er habe den Eintritt dieses Erfolgs von vornherein gebilligt; er habe das Zustandekommen des Vertrags betrieben, um die ihm vom Kläger zugesagte Mäklerprovision zu erlangen und um seinen Schuldner S. Vermögensstücke zuzutreiben, durch deren Pfändung und Versteigerung er Befriedigung für seine Wechselforderungen habe erlangen können. Hiernach sei der Kläger berechtigt, auf Grund von BGB. § 826 vom Beklagten Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihm dadurch entstanden sei, daß er sich auf den Vertrag mit S. und K. eingelassen habe; der Klaganspruch sei daher dem Grunde nach gerechtfertigt.

Diesen Ausführungen ist im wesentlichen beizutreten ... Das Rücktrittsrecht aber schon bei einer teilweisen Erfüllung, also nach erfolgter Übergabe der Grundstücke, jedoch vor der Auflassung zu versagen, würde nicht zutreffend sein ...

Dem BGB. ist zwar der in der gemeinrechtlichen Doktrin aufgestellte Rechtssatz fremd, daß, wenn der Schaden doloserweise herbeigeführt worden ist, ein bei der Entstehung oder dem Anwachsen des Schadens mitwirkendes fahrlässiges Verhalten des Geschädigten außer Berücksichtigung zu bleiben hat. Vielmehr ist auch in diesem Fall in eine Abwägung des Verhaltens beider Teile einzutreten. Dies führt aber vorliegendenfalls dazu, dem Kläger den Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens zuzuerkennen. Der Beklagte war der Mäkler des Klägers, für diesen also eine Vertrauensperson, auf dessen Versicherungen schon im Hinblick auf seine Vertragspflichten der Kläger besonderen Wert legen mußte; dieses Vertrauen hat der Beklagte in gröbster Weise gemißbraucht um eigenen Vorteils willen und in dem Bewußtsein, daß der Kläger dadurch schwer geschädigt werden würde; er hat, nachdem die Käufer mit der Zahlung des Kaufpreisrestes in Verzug gekommen waren, dem Kläger wiederum wissentlich wider die Wahrheit versichert, die Käufer würden schon zahlen, die Leute seien ja gut, da fehle nichts. Unter diesen Umständen mußte das schuldhafte Verhalten des Klägers bei der Abwendung und Minderung des Schadens völlig zurücktreten."

50. Verstoß gegen die guten Sitten seitens eines bei einem Wettbewerb beteiligten Unternehmers durch Veranlassung fingierter Angebote (BGB. § 826). Urt. vom 8. Nov. 07, VII 51/07.

„Beide Vorinstanzen gehen zutreffend davon aus, daß es ganz in das freie Belieben des Unternehmers gestellt ist, welchen Preis er für seine Arbeiten fordern will, und daß es ihm auch erlaubt sein muß, die sich aus einem Wettbewerb ergebenden Gefahren durch geeignete Maßregeln, insbesondere Preisabreden mit den Konkurrenten, abzuwehren. Beiden Vorinstanzen ist aber auch darin beizutreten, daß die Klägerin vorliegend über das Maß des Erlaubten hinausgegangen ist. Die Beklagte hatte ihren Willen, durch einen Wettbewerb ein möglichst billiges Angebot zu erhalten, zu erkennen gegeben, sie wollte so erfahren, wer von den angegangenen acht Unternehmern der Mindestfordernde sein würde, um ihm die Arbeit zu übertragen. Wenn nun Klägerin die übrigen zur Einreichung von Angeboten aufgeforderten Unter-

nehmer durch Zusicherung von je 3000 ℳ veranlaßte, Angebote einzureichen, die gar nicht ernstlich gemeint waren, vielmehr nur in der Absicht abgegeben wurden, in der Beklagten den Glauben zu erwecken, daß ein ernstlicher Wettbewerb vorliege und in diesem die Klägerin die Mindestfordernde sei, so liegt hier ein auf Täuschung berechnetes Verhalten vor, das gegen die guten Sitten verstößt . . ."

51. Entlastungsbeweis nach BGB. § 831. Urt. vom 21. Okt. 07, VI 542/06.

„. . . Wie sich aus dem Wortlaut des BGB. § 831 ergibt und von dem erkennenden Senat wiederholt ausgesprochen worden ist, hat sich der Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn darauf zu erstrecken, daß er bei der Bestellung des andern zu derjenigen Verrichtung, in deren Ausführung dieser den Schaden zugefügt hat, die gebotene Sorgfalt geübt, daß also der Angestellte noch zur Zeit der Schadenszufügung die Befähigung zu der ihm aufgetragenen Verrichtung besessen habe (vgl. Entsch. des RG. 53, 57; JW. 06, 196) . . ."

52. Haftung des Notars wegen Versäumung einer Erbausschlagungsfrist durch Verschulden seines Kanzleivorstehers (BGB. §§ 664, 278). Urt. vom 15. Okt. 07, III 469/06.

„In dem am 8. März 1905 eröffneten Testament des Vaters des Klägers ist dieser nebst seinen Geschwistern bzw. deren Deszendenz zum Erben eingesetzt, es ist ihm jedoch jede Verfügung unter Lebenden über seinen Erbteil untersagt und sind ihm als Nacherben seine Kinder substituiert. Er beschloß deshalb, die Erbschaft aus dem Testament auszuschlagen und seinen Pflichtteil zu fordern. Diese Ausschlagung erklärte er am 14. April 1905 vor dem Beklagten als Notar zu Protokoll und machte ihn dabei darauf aufmerksam, daß die Ausschlagungsfrist bereits am 19. April 1905 ablaufe. Gleichwohl hat der Bureauvorsteher des Beklagten die Ausschlagungserklärung erst am 22. April 1905, also zu spät, bei Gericht eingereicht, und ist Kläger infolgedessen Erbe aus dem Testament geworden.

Er behauptet, hierdurch erheblich geschädigt zu sein, und verlangt von dem Beklagten mit der gegenwärtigen Klage 95920, ev. 63954.29 ℳ gegen Abtretung der ihm nach dem Testament zufallenden Nutznießung.

Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem ersten Richter den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erkannt, indem es den Schaden auf eine Fahrlässigkeit des Beklagten oder seines Bureauvorstehers, für den er haftbar sei, zurückführt und sämtliche von dem Beklagten erhobenen Einwendungen zurückweist.

Gegen dieses Urteil hat nunmehr der Beklagte Revision eingelegt und zur Begründung derselben, indem er im übrigen lediglich auf seine Erklärungen in der Vorinstanz verweist, zunächst geltend gemacht, daß das Berufungsgericht zu Unrecht das Vorhandensein eines Schadens, das die Voraussetzung eines Urteils aus ZPO. § 304 bilde, angenommen habe, da nicht, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheine, schlechthin und unter allen Umständen ein geringeres Kapital zur freien Verfügung wertvoller sei, als ein größeres Kapital, bei welchem man auf den Zinsgenuß beschränkt sei und das Kapital auf die Kinder übergehen solle. Maßgebend sei der Wert, der sich nach dem Umfange des Kapitals und nach dem Ertrage bestimme, während das Recht, über die Substanz zu verfügen, nicht als werterhöhender Faktor in Betracht komme. Letzterer Satz ist offenbar unrichtig; ersterer an sich richtig, aber das Berufungsgericht hat den Satz auch nicht in abstracto, schlechthin und für alle Umstände, sondern für den vorliegenden Fall ausgesprochen und für diesen erscheint er ganz unbedenklich. Denn in diesem würden die dem Kläger aus dem Testament anfallenden Bezüge erst nach Jahren den Betrag erreichen, den er als Pflichtteil sofort erhielte, und im

Falle, daß er den Pflichtteil erhielte, würde der überschießende Betrag, wie zutreffend bereits das Berufungsgericht dargelegt hat, seinen Kindern zufallen.

Hauptsächlich aber rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Beklagten für das Versehen seines Bureauvorstehers für haftbar erachtet habe. Nehme man auch mit dem Berufungsgericht ein Auftragsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten dahin an, daß dieser auch die Beförderung der Ausschlagungsurkunde an das Gericht übernommen habe, so sei das doch nur ein Auftrag zu rein mechanischen Dienstleistungen und könne nur dahin verstanden werden, daß er sein Bureaupersonal mit entsprechender Anweisung versehe, was Beklagter getan habe. Er habe damit die Ausführung des Auftrags einem Dritten übertragen, und der Bureauvorsteher sei daher nicht Gehilfe, sondern ein Dritter, für den er nach BGB. § 664 Satz 2 nur hinsichtlich der Auswahl hafte. Diese Ausführungen können als zutreffend nicht anerkannt werden. Die Beförderung ist lediglich Zubehör des Hauptauftrags, für die Ausschlagung des Erbrechts aus dem Testament das Nötige zu besorgen, und ist bei der Bedeutung der Rechtzeitigkeit auch nicht bloß mechanischer Natur. Nach BGB. § 664 Satz 1 ist aber im Zweifel die Übertragung der Ausführung des Auftrags überhaupt nicht gestattet, und es erscheint nach der Sachlage ausgeschlossen, daß der Kläger hinsichtlich eines Teils des ihm erteilten Auftrags den Beklagten von seiner persönlichen Verantwortung hätte entlasten wollen. Sein Wille war, daß der Notar für die rechtzeitige Beförderung Sorge trage. Dazu hat sich dieser seines Bureauvorstehers als seines Gehilfen, nicht als eines substituierten Beauftragten des Klägers bedient. Für ein Verschulden seines Gehilfen hat aber der Beklagte nach BGB. § 278 einzustehen.

Die letzte Rüge, daß das Berufungsgericht ein konkurrierendes Versehen des Klägers deshalb habe annehmen müssen, weil er erst vier Tage vor Ablauf der Frist den Notar beauftragt und sich dann nicht weiter um Wahrung der Frist gekümmert habe, erledigt sich schon dadurch, daß ein hierin zu findendes Verschulden in den Vorinstanzen gar nicht behauptet war, übrigens auch sachlich von einem Verschulden gar keine Rede sein kann, da zur Beförderung der Ausschlagungserklärung an das Gericht eine Frist von vier Tagen mehr als ausreichend war, Kläger auch auf den Ablauf der Frist ausdrücklich hingewiesen hatte."

53. Replik der Arglist gegenüber der Verjährungseinrede (BGB. §§ 826, 225). Urt. vom 21. Sept. 07, I 582/06.

Klägerin verlangt auf Grund mehrerer Wechsel Zahlung von der beklagten Handelsgesellschaft, deren Mitinhaber der klägerische Ehemann ist. Die Beklagte erhebt die Verjährungseinrede, Klägerin die Replik der Arglist.

Aus den Gründen:

„. . . Es bleibt die Frage übrig, ob die von der Klägerin der Verjährungseinrede entgegengestellte Replik der Arglist begründet ist. Das Berufungsgericht hat diese Replik deswegen zurückgewiesen, weil die Beklagte der Klägerin durch ihr Verhalten keine Veranlassung gegeben hätte, von der rechtzeitigen gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche abzusehen. Insbesondere sei die Klägerin durch die Bitten ihres Ehemannes, gegen die Beklagte vorläufig nicht vorzugehen, nicht gehindert gewesen, die Klage zu erheben und ein Urteil zu erwirken, von dessen Vollstreckung sie hätte absehen können. Diese Begründung ist insoweit in sich selbst nicht schlüssig, als die Klägerin, wenn sie auch nicht, insbesondere nicht durch einen Stundungsvertrag, an der Klagerhebung gehindert gewesen ist, doch von ihrem Ehemann tatsächlich veranlaßt sein kann, die Klage nicht zu erheben. Daß dies geschehen ist, wird angenommen werden müssen, falls das angeführte klägerische Vorbringen sich in seinem wesentlichen Inhalte als wahr erweisen wird. Insbesondere kann es in diesem Fall nicht zweifelhaft erscheinen, daß die Bitten des Ehemannes der Klägerin

nicht minder auf die Abstandnahme von der Klagerhebung als auf die Unterlassung der Protesterhebung gerichtet waren.

Indessen die Ursächlichkeit des Verhaltens des Ehemannes der Klägerin für ihre Säumnis in der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche kann allein noch nicht, wie der Berufungsrichter anzunehmen scheint, als ausreichend angesehen werden, um der Replik der Klägerin zum Siege zu verhelfen. In dem Urteile des RG. vom 26. Okt. 06 (Rep. II 90/06, RGZ. 64, 220) wird außerdem zur Begründung der Replik der Arglist verlangt ‚eine auf Verhinderung einer Unterbrechung der Verjährung gerichtete Arglist, die im übrigen die Erfordernisse des BGB. § 826 erfüllt.' Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Tatbestand ist jedoch wesentlich von dem gegenwärtigen Streitfalle verschieden. In dem gegenwärtigen Falle stehen an Stelle einer Arglist der bezeichneten Art ausdrückliche Erklärungen zur Beurteilung, durch welche der Klägerin von ihrem Ehemann versprochen sein soll, daß sie durch das ‚Liegenlassen' der Wechsel ‚nichts verlieren sollte', daß sie in Ansehung der Bezahlung ‚später daran kommen werde'. Sind solche Versprechen in Beziehung auf die eingeklagten Wechsel von dem Ehemann der Klägerin abgegeben und von dieser ausdrücklich oder stillschweigend angenommen worden und ist die Klägerin durch sie veranlaßt worden, von der rechtzeitigen Klagerhebung Abstand zu nehmen, so kann der Beklagten unter der weiteren Voraussetzung die Replik der Arglist entgegengesetzt werden, daß der Ehemann der Klägerin bei Abgabe der Versprechen das Bewußtsein hatte, dadurch werde möglicherweise eine Unterbrechung der Verjährung verhindert. Bei einem solchen Sachverhalte lägen verbindliche Versprechen vor, aus denen die Beklagte nicht weniger verpflichtet werden müßte, als aus einem arglistigen Verhalten i. S. des BGB. § 826, und zugleich wäre eine Beziehung zwischen der Verjährung und den Versprechen insoweit hergestellt, als diese von vornherein im Hinblick auf den möglichen Ablauf der Verjährungsfrist abgegeben wurden. Setzt sich dann die Beklagte durch Erhebung der Verjährungseinrede mit jenen Versprechungen in Widerspruch, so handelt sie arglistig (vgl. Entsch. des RG. vom 26. Okt. 06, Rep. III 191/06). Die Vorschrift des BGB. § 225 steht nicht entgegen, da die erörterten Versprechen zwar demnächst für die Verjährung mittelbar Bedeutung gewinnen, aber keine Rechtsgeschäfte sind, welche auf den Ausschluß oder die Erschwerung der Verjährung gerichtet waren.

Das Berufungsgericht hat das klägerische, die Replik der Arglist betreffende Vorbringen unter den vorstehend bezeichneten Gesichtspunkten nicht gewürdigt. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

54. Anwendbarkeit des BGB. § 847. Urt. vom 1. Nov. 07, III 96/07.

„. . . Die Behauptung der Revision, daß die Haftung aus dem Vertrage als die speziellere als maßgebend und der deliktischen Haftung vorgehend angesehen werden müsse, ist nicht zutreffend. Die Anwendbarkeit des BGB. § 847 ist ausgeschlossen, wenn lediglich aus dem Vertragsverhältnis die Schadensersatzpflicht begründet ist (Urt. des RG., III. ZS., vom 26. Febr. 07, III 338/06), nicht aber wenn daneben die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nach dem BGB. §§ 823, 831 vorliegen . . ."

55. Beginn des Verjährunglaufs für Schädenansprüche aus unerlaubten Handlungen, die fortdauernde, periodisch wiederkehrende Nachteile hervorbringen (BGB. § 852). Urt. vom 29. Okt. 07, II 187/07.

„. . . Der § 852 BGB. enthält eine zweifache Abweichung von den allgemeinen für den Verjährungsbeginn maßgebenden Grundsätzen. Während nämlich einesteils die Verjährung gemäß BGB. § 198 mit der Entstehung des Anspruchs beginnt und es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob der Berechtigte seinen Anspruch kennt, erfordert der § 852 für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist die Kenntnis des Verletzten sowohl von dem

Schaden als auch von der Person des Ersatzpflichtigen. Andererseits beginnt die dreißigjährige Verjährung schon mit der Begehung der unerlaubten Handlung, obgleich ein Anspruch erst mit dem Eintritte des Schadens, also unter Umständen erst nach dem Verjährungsbeginn entsteht. Nun kann dem Revisionskläger zugegeben werden, daß der ihm durch Entziehung und längere Zeit fortgesetzte Vorenthaltung der Karten angeblich verursachte Schaden nicht mit einem Male, sondern erst nach und nach entstanden ist, und daß ein Schaden nicht vor seiner Entstehung Gegenstand eines klagbaren Anspruchs sein kann, daß vielmehr der Verjährungsbeginn grundsätzlich mit der Fälligkeit und der Klagbarkeit der Leistung zusammenfällt. Allein die dreijährige Verjährungszeit des BGB. § 852 ist aus praktischen Bedürfnissen im Anschluß an das PrALR. Teil I Titel 6 §§ 54 ff. eingeführt und beruht auf der Erwägung, daß, wenn jemand erst nach Verlauf einer beträchtlichen Reihe von Jahren seit der angeblichen Verübung der schadenden Handlung mit einem Entschädigungsanspruche auftritt, nicht allein der Gegner regelmäßig in seiner Verteidigung ungebührlich beschränkt erscheint, sondern auch die Vermutung dafür streitet, der Anspruch sei aus dem einen oder anderen Grunde ungerechtfertigt (Motive 2, 742). In der Rechtsprechung des Obertribunals war es nun streitig geworden, ob die durch das ALR. Teil I Titel 6 § 54 angeordnete dreijährige Verjährung auch in den Fällen, wo die beschädigende Handlung fortdauernde, periodisch wiederkehrende, obwohl ihrem Wesen und Umfange nach wechselnde Nachteile hervorbringt, auch auf diese später eintretenden nachteiligen Folgen sich erstreckt, so daß diese nicht mehr zum Gegenstande von Entschädigungsansprüchen gemacht werden können, wenn nicht die Klage innerhalb dreier Jahre nach der schadenden Handlung angestellt worden ist, oder ob die Verjährung immer nur in Ansehung der Schäden Platz greift, für die der Verletzte seit ihrem Entstehen nicht innerhalb dreier Jahre Entschädigung eingeklagt hat. Die Streitfrage ist durch eine Plenarentscheidung des Obertribunals (Entsch. des Obertribunals 13, 19) im Sinne der ersteren Alternative entschieden worden, und zwar im wesentlichen mit Rücksicht auf die mit Einführung der kurzen Verjährung verfolgte Absicht des Gesetzgebers, der es widerstreiten würde, die sich in der Zukunft periodisch erneuernden nachteiligen Folgen einer schadenden Handlung immer als eine sich erneuernde Schadenzufügung und als einen neu entstehenden Schaden anzusehen. Von der Entscheidung ausgeschieden sind jedoch die Fälle, wo aus einer Handlung erst lange nach ihrer Vollführung nachteilige Folgen sich geäußert haben, oder außer den anfänglichen nachteiligen Folgen der schadenden Handlung erst späterhin noch andere Nachteile entspringen, deren Kausalzusammenhang mit der fraglichen Handlung sich gar nicht voraussehen oder doch nur vielleicht befürchten ließ. Nicht berührt von der Entscheidung sind ferner die Fälle, in denen die schadende Handlung selbst sich wiederholt hat. Denn in diesen Fällen wird eine neue Beschädigung anzunehmen sein und nicht mehr von den Folgen der Handlung die Rede sein können, hinsichtlich welcher der Anspruch auf Schadensersatz verjährt ist. Die in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze müssen mit Rücksicht auf den gleichen Grund und Zweck der Gesetzesbestimmung auch für die kurze Verjährung des BGB. § 852 als zutreffend anerkannt werden . . ."

56. Haftet der Besteller eines Werkes für den Schaden, den seine Arbeiter, die er dem Unternehmer zur Hilfeleistung beigegeben hatte, anrichten? (BGB. § 831.) Urt. vom 25. Okt. 07, III 147/07.

Der Beklagte ließ durch den Kläger einen Hühnerstall auf eine höher gelegene Stelle schaffen. Bei der Ausführung dieser Arbeit stellte er dem Kläger zwei seiner Arbeiter als Hilfsarbeiter. Kläger will durch das unsachgemäße Verhalten der Arbeiter beim Transporte verletzt worden sein und fordert deshalb Schadensersatz. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„. . . Mag auch der Ausdruck ‚Verrichtung' im BGB. § 831 im weitesten Sinne zu verstehen sein, und auch, wenn jemand einen andern anweist, einem Dritten Hilfe zu leisten, man sagen können, daß er ihn zu einer Verrichtung bestellt habe, so ist doch, wenn dieser Dritte die Tätigkeit des ihm Zugewiesenen bestimmen, die einzelnen Verrichtungen, zu welchen er ihn verwenden will, anweisen soll, dieser Dritte derjenige, der zu diesen Verrichtungen den Zugewiesenen bestellt und für ihn zu haften hat. Zu der speziellen Verrichtung, bei welcher der Unfall sich ereignet hat, hat aber, falls, wie das Berufungsgericht annimmt, der Kläger als selbständiger Unternehmer das ganze Werk der Versetzung des Stalles übernommen hatte, dieser die Arbeiter des Beklagten bestellt, und gegenüber dieser speziellen Bestellung muß die allgemeine Bestellung zur Hilfeleistung zurücktreten . . ."

57. Unfallrente ohne zeitliche Begrenzung bei hohem Alter des Verletzten (BGB. § 843). Urt. vom 14. Nov. 07, VI 176/07.

„. . . Die Revision hat sich noch darüber beschwert, daß dem Kläger die Rente ohne zeitliche Begrenzung, also lebenslänglich — wenn auch unter einer in den Entscheidungsgründen erfolgten Verweisung des Beklagten auf das ihm nach ZPO. § 323 zustehende Recht — zugesprochen worden ist; das Berufungsgericht hätte prüfen sollen, ob und in welchem Grade nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Kläger seine Erwerbsfähigkeit behalten haben würde. Auch diese Rüge ist nicht begründet. Auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Dr. K., der im Endergebnis zu der Annahme gelangt, daß der Kläger infolge des Unfalls bis in die neueste Zeit völlig erwerbsunfähig gewesen ist und es auch in Zukunft sein wird, hat das Berufungsgericht dargelegt, daß ein Anhalt für eine zeitliche Begrenzung der Rente nicht gegeben sei. Dem ist beizutreten, insbesondere auch der aus der Sachlage sich ergebenden Ansicht des Landgerichts, daß bei dem Alter des Klägers von 87 Jahren nach normaler Sachgestaltung die Fortdauer der Zahlungspflicht des Beklagten bis zum Tode des Klägers zu erwarten sei. Allerdings ist daran festzuhalten, daß bei Bemessung der Rente diejenige künftige Gestaltung der Sachlage berücksichtigt werden muß, die nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge auch ohne Dazwischentreten des die Schadensersatzpflicht begründenden Ereignisses die Erwerbsfähigkeit des Verletzten gemindert oder ganz aufgehoben haben würde, und in dieser Beziehung hat besonders in Betracht zu kommen, daß im hohen Lebensalter die körperlichen und geistigen Kräfte regelmäßig abnehmen und schon dadurch die Erwerbsfähigkeit gemindert und schließlich ganz aufgehoben wird. Allein es gibt, wie der erkennende Senat wiederholt angenommen hat, Fälle, in denen auch in dieser Beziehung eine Beurteilung der künftigen Gestaltung der Dinge dem Gericht nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit möglich ist und ihm deshalb auch eine Berücksichtigung jenes Umstandes nicht angesonnen werden kann. Ein solcher Fall ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hier gegeben. Der Kläger hat durch seine Tätigkeit ein Einkommen von 1196 ℳ jährlich in einem Alter erzielt, das zu erreichen den Menschen nur in ganz seltenen Fällen beschieden ist, in dem jedenfalls nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge überhaupt jede Erwerbsfähigkeit schon infolge der Einwirkung des Alters aufgehoben ist. In einem solchen Falle mit Erfahrungsgrundsätzen zu rechnen, aus ihnen mit der erforderlichen Bestimmtheit eine Altersgrenze zu ziehen, mit der Umfang der Erwerbsfähigkeit, wie sie zur Zeit des Unfalls bestand, abnehmen oder diese Fähigkeit ganz aufhören werde, erscheint ausgeschlossen. Die Rente auf wenige Jahre zu beschränken, wie der Beklagte in den Vorinstanzen gefordert hat, ist nicht angängig, da dem Kläger eine so lange Lebenszeit, selbst ein irgendwie erheblicher Zeitraum nach menschlichem Ermessen überhaupt nicht mehr beschieden sein wird . . ."

58. Schadensersatzanspruch des Mieters wegen Störung durch üble Gerüche? (BGB. § 906; ZPO. §§ 286, 287). Urt. vom 19. Okt. 07, V 42/07.

„Beide Vorderrichter sprechen dem Kläger die verlangten 150 ℳ jährlich für Wohnungsentwertung deshalb ab, weil, wenn auch das Wohnen im Haus vielleicht wegen der üblen Gerüche lästig gewesen sei und Sachverständige den Minderwert der Wohnung deshalb auf vorstehenden Betrag geschätzt hätten, doch der Kläger nach wie vor in seiner Wohnung geblieben sei und einen besonderen Geldschaden nicht darzulegen vermöge. Auch diese Entscheidung ist trotz des dagegen gerichteten Angriffes der Revision einwandfrei. Wie in vielen anderen Fällen kann auch hier wegen noch so lästiger, vielleicht sogar gefährlicher Zustände Schadensersatz deshalb nicht verlangt werden, weil dieser nicht zahlenmäßig in Geld veranschlagt und festgesetzt werden kann. Die Revisionsbegründung behauptet zwar jetzt, Klägers eigene Nutzung sei jährlich um 150 ℳ geringer geworden, aber wie sich diese zusammensetzen, ist nicht erfindlich. Jeder Schaden ist an sich nur Vermögensschaden, Schmerzensgeld u. dgl. gewährt das Gesetz nur in besonderen Fällen (vgl. BGB. §§ 253, 847, 1300). Ein in der Vergangenheit erlittener Vermögensschaden in Ansehung der Wohnung ist aber nicht dargelegt und gegen künftige Schädigung in dieser Richtung schützt den Kläger das im Berufungsurteil ausgesprochene Verbot weiterer lästiger Zuführungen."

59. Ortsüblichkeit einer lästigen Einwirkung — Zuführung von Flugasche — eines Grundstücks auf ein anderes (BGB. § 906). Urt. vom 30. Okt. 07, V 51/07.

„. . . Dagegen ist die Revision insofern begründet, als vom Berufungsgericht nicht richtig erfaßt worden ist, worauf es bei der Anwendung derjenigen Vorschrift des BGB. § 906 ankommt, auf die sich die Beklagte in zweiter Linie berufen hat, der Vorschrift nämlich, daß ein Grundstückseigentümer von einem andern Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten kann, als die Einwirkung durch eine Benutzung des andern Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Als Grundstücke dieser Lage hat hier das Berufungsgericht die Grundstücke angesehen, die einem in seinen Grenzen genau von ihm bestimmten Bezirke angehören, und nichts nötigt dazu, die Angemessenheit dieser Bezirksabgrenzung in Zweifel zu ziehen. Alsdann ist die Entscheidung davon abhängig, wie groß verhältnismäßig die Zahl derjenigen Grundstücke des Beobachtungsbezirks ist, von denen Einwirkungen durch Zuführung von Flugasche ausgehen, und ob und welche Verschiedenheiten zwischen ihnen in bezug auf das Maß der Zuführung obwalten. Eine Feststellung in dieser Richtung läßt aber das Berufungsurteil vermissen. Den Sachverständigen ist die Frage vorgelegt worden, ob die Grundstücke des Klägers stärker von Flugasche betroffen werden, als es innerhalb jenes Bezirks durchweg geschieht und bereits gewöhnlich (d. h. in der Gegend üblich) erscheint. Mit der Bejahung dieser Frage, deren Sinn übrigens schon an sich nicht ganz klar ist, haben die Sachverständigen über das, was hier zu untersuchen ist, keinen Aufschluß gegeben. Der ihrer Antwort hinzugefügte, vom Berufungsgericht für unerheblich erachtete Zusatz: wenn man den Beobachtungsbezirk nach den Rauchquellen hin verengere, ergebe sich ein Bereich, innerhalb dessen der Befall mit Flugasche schon gewöhnlich zu nennen sei, scheint sogar sagen zu sollen, daß zwischen den Rauchquellen, die in dem vom Berufungsgericht bestimmten Bezirke liegen, wesentliche Verschiedenheiten hinsichtlich des Erzeugens von Flugasche nicht bestehen."

60. Benutzung der gemeinschaftlichen Grenzmauer (BGB. §§ 921, 922). Urt. vom 9. Nov. 07, V 98/07.

„Eine Verletzung des BGB. §§ 921, 922 liegt nicht vor. Der Beklagte hat die Brandmauer seines im Jahre 1903 errichteten Nebengebäudes auf die

die Grundstücke beider Parteien voneinander abschließende gemeinschaftliche Grenzmauer bis zur Hälfte ihrer Stärke aufgesetzt. Die Revision behauptet, in dem Aufsetzen der Brandmauer liege schon an sich eine Änderung der Grenzmauer i. S. des BGB. § 922 Satz 3. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Jede Partei kann nach § 922 Satz 1 die Grenzmauer zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, insoweit benutzen, als nicht das Mitbenutzungsrecht der andern Partei beeinträchtigt wird. Wenn nun in Satz 3 vorgeschrieben ist, daß die Grenzmauer ohne Zustimmung des Nachbarn, der an ihrem Fortbestande ein Interesse hat, nicht beseitigt oder abgeändert werden darf, so kann mit der Änderung nicht jede beliebige, sondern nur eine solche Änderung gemeint sein, durch welche die Mitbenutzung des Nachbarn, der an dem Fortbestande der Mauer ein Interesse hat, beeinträchtigt wird.

Es fragt sich also, ob durch das Aufsetzen der Brandmauer auf die Grenzmauer deren Mitbenutzung durch den Kläger beeinträchtigt wird. Er behauptet es. Die Grenzmauer sei von Ratten und Mäusen unterwühlt und nicht sicher und tief genug, um als Stütze für die Brandmauer zu dienen. Durch das Aufsetzen der Brandmauer sei ihre Haltbarkeit beeinträchtigt. Der Berufungsrichter hat aber festgestellt, daß die Mauer nicht von Ratten und Mäusen unterwühlt sei und sich in normaler Beschaffenheit befinde, um als Fundament eines Gebäudes dienen zu können, daß durchaus nicht die Gefahr eines Einsturzes der Mauer bestehe.

Wird aber die Haltbarkeit der Grenzmauer durch den Aufbau der Brandmauer nicht beeinträchtigt, so wird auch der Kläger in seinem Recht, die Mauer mitzubenutzen, nicht gestört. Auch nach dem Aufsetzen der Brandmauer dient ihm die Grenzmauer als Scheidewand zwischen seinem und des Beklagten Grundstück.

Der Kläger braucht allerdings eine Beschränkung seines Eigentums nur insoweit zu dulden, als es im BGB. § 922 vorgeschrieben ist. Er braucht also eine Einwirkung des Beklagten auf den Teil der Grenzmauer, der auf seinem Grund und Boden und damit in seinem Eigentum steht, nicht weiter zu dulden, als der Beklagte die Grenzmauer zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, benutzen darf. Der Zweck der Grenzmauer ist, die beiden Grundstücke der Parteien voneinander abzuschließen. Nur zu diesem Zweck darf der Beklagte den auf des Klägers Grundstück und damit in dessen Eigentum stehenden Teil der Grenzmauer benutzen. Er darf also nicht auf diesen Teil der Grenzmauer eine Brandmauer aufsetzen. Andrerseits ist der Kläger an der Mitbenutzung der Grenzmauer nicht gehindert, wenn der Beklagte auf den auf seinem, des B e k l a g t e n, Grundstück stehenden Teil der Mauer eine Brandmauer aufsetzt. Der Beklagte darf also auf den in seinem Eigentum stehenden Teil der Mauer als Eigentümer dieses Teils seines Grundstücks eine Brandmauer aufsetzen (Wolff im Recht 00, 476; Meißner, Nachbarrecht S. 36).

Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß der Beklagte die Brandmauer nur auf den in seinem Eigentum stehenden Teil der Mauer aufgesetzt hat und hierzu war er nach dem obigen berechtigt."

61. Constitutum possessorium für erst künftig zu erwerbende Sachen (BGB. §§ 930, 868). Urt. vom 11. Okt. 07, VII 150/07.

„. . . Hiernach bleibt nur zu prüfen, ob ein wirksames Besitzkonstitut (BGB. § 930) vorliegt. Im § 2 des Vertrages vom 18. Mai 1905 ist bestimmt, daß die Klägerin die gekauften Sachen den Verkäufern, Eheleuten S., mietweise beläßt; das Mietverhältnis ist bezüglich des Betrages und der Berichtigung des Mietzinses, wie in sonstiger Hinsicht, näher geregelt. Diese Vertragsbestimmung war an sich geeignet, der Klägerin den mittelbaren Besitz (BGB. § 868) zu verschaffen und somit die zur Eigentumsübertragung erforderliche Übergabe zu ersetzen. Voraussetzung war aber nach BGB. § 930 auch hier, daß die Eheleute S. selbst bereits Eigentümer und Besitzer der Sachen waren.

Da dies, wie erwähnt, nicht der Fall war, so kann in jener Abmachung allerdings ein alsbald wirksamer Übergabeersatz nicht gefunden werden. Rechtlich denkbar ist es aber (vgl. Urt. des RG. vom 24. Nov. 03, RGZ. 56, 52), daß sich die gegenwärtige Willenseinigung der Beteiligten dergestalt auf die Zukunft richtet, daß von dem Zeitpunkte des späteren Besitzerwerbes des Veräußerers an dieser als Mieter des Erwerbers besitzen soll; in solchem Falle würde bei entsprechendem Verhalten das Besitzkonstitut mit dem gedachten Zeitpunkte in Wirksamkeit treten, d. h. den Eigentumsübergang nach BGB. § 930 zur Folge haben. Von selbst versteht sich freilich unter den Umständen der vorliegenden Art jene in die Zukunft zielende Willensrichtung keineswegs; sie muß, wie der erkennende Senat bereits in dem vorhin angezogenen Urteil ausgeführt hat, sei es auch stillschweigend, vereinbart sein. Daß solche Vereinbarung bei Abschluß des Vertrages vom 18. Mai 1905 zwischen den Eheleuten S. und der Klägerin stattgefunden habe, ist vom Berufungsgerichte zwar verneint worden. Die hierfür gegebene Begründung kann aber als erschöpfend und schlüssig nicht anerkannt werden. Mag auch aus der Redeform, in der der Vertrag abgefaßt ist, und aus der dabei erfolgten Beifügung eines Verzeichnisses der verkauften Sachen zu entnehmen sein, daß der Vertrag ‚für die Gegenwart bestimmt' war und daß er einen ‚sofortigen Eigentumsübergang bezweckt' hat, so bleibt doch die von dem Berufungsgerichte bisher nicht berücksichtigte Möglichkeit offen, daß die Beteiligten in Zweifel gewesen sind, ob sie jenen Zweck mit dem Vertrag auch erreichen würden, und daß sie eventuell, für den Fall nämlich, daß dies nicht einträte, den vorhin erwähnten, auf die Zukunft gerichteten Willen hatten und durch den Vertrag mit kundgaben.

Nach dieser Richtung bedarf es noch einer Prüfung."

62. Constitutum possessorium für erst künftig zu erwerbende Sachen (BGB. §§ 929, 930, 868). Urt. vom 1. Nov. 07, VII 63/07.

„. . . Aber auch die §§ 929 und 930 sind nicht verletzt. Der Eigentumsübergang von D. auf S. konnte sich sehr wohl so, wie der Berufungsrichter annimmt, vollziehen. Die Einigung, daß die Ersatzpferde in das Eigentum S. übergehen sollten, lag bereits in dem Vertrage vom 1. Okt. 1903 vor und ebenso die die Übergabe nach § 930 ersetzende Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses im Sinne dieses Paragraphen, so daß zum Eigentumsübergang nichts weiter zu erfordern war, als daß D. seinen Willen, daß die neuangeschafften Pferde Ersatz für die ausrangierten werden und unter die Vereinbarung vom 1. Okt. 1903 hinsichtlich des Eigentums S. fallen sollten, erkennbar machte. Die Ansicht der Revision, daß eine im voraus getroffene Vereinbarung der vorliegenden Art die zum Eigentumsübergang erforderliche Übergabe zu ersetzen nicht geeignet sei, kann nicht für richtig erachtet werden. Der erkennende Senat hat keinen Anlaß von der in seiner in RGZ. 56, 54 abgedruckten Entscheidung ausgesprochenen Auffassung abzugehen, daß auch im voraus rechtswirksam vereinbart werden kann, daß im Augenblick des Besitzerwerbs an einer noch anzuschaffenden Sache der Erwerber den Besitz auf Grund eines im BGB. § 868 bestimmten Rechtsverhältnisses ausüben und dadurch das Eigentum an den neuerworbenen Gegenständen an den Vertragsgegner übertragen soll, und daß diese beabsichtigte Wirkung des Eigentumsüberganges dann eintritt, sobald der Erwerber dieser Vereinbarung gemäß handelt. Zutreffend beruft sich der Berufungsrichter auch auf die in GruchotsBeitr. 47, 987 abgedruckte Entscheidung des 3. ZS., die in einem ähnlichen, ein Warenlager betreffenden Fall für das gemeine Recht ausspricht, daß ein constitutum schon im voraus, ehe der Konstituent Besitz und Eigentum an der Sache erlangt hat, rechtswirksam vereinbart werden kann, denn die Bestimmungen des gemeinen Rechts weichen von denen des BGB. hinsichtlich des constitutum possessorium nur insofern ab, als letzteres ein sog. individualisiertes Konstitut, die Vereinbarung gerade eines der unter § 868 fallenden Rechtsverhältnisse verlangt.

zumal in Fällen der vorliegenden Art, in denen ein für eine längere Dauer bestimmtes, dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis an einer dem Wechsel notwendig unterliegenden Sachgesamtheit vereinbart worden ist, kann nicht erfordert werden, daß bei jeder einzelnen Neuanschaffung von neuem eine Vereinbarung gleichen Inhalts wie die bereits getroffene abgeschlossen werden muß; es genügt, wenn der Wille, die einzelne neuangeschaffte Sache auf Grund des bestehenden Rechtsverhältnisses als Eigentum des Eigentümers der übrigen Inventarstücke zu besitzen, erkennbar zutage tritt (vgl. auch Staudinger, Kommentar, Note 4 zu § 930 BGB).

63. Eigentumsklage des früheren Besitzers gegen den jetzigen Besitzer (BGB. § 1006). Urt. vom 29. Nov. 07, VII 75/07.

Graf U. hinterließ als Erben die vier Kinder der Beklagten, seiner Tochter, von denen eines minderjährig war. Es wurde erst eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet, dann der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter klagt auf Herausgabe einer Anzahl von Sachen mit der Behauptung, sie gehörten zum Nachlaß und seien der Beklagten bei Beendigung der Nachlaßpflegschaft ausgehändigt worden.

Aus den Gründen:

„. . . An zweiter Stelle rügt die klägerische Revision Verletzung des BGB. § 1006. Auch diese Rüge ist unbegründet. Kläger stützt, wie ja auch gerade diese Rüge erkennen läßt, seinen Anspruch auf Herausgabe auf das Eigentum des verstorbenen Grafen an den streitigen Sachen. Da nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht davon die Rede sein kann, daß die Sachen dem Kläger oder dem verstorbenen Gemeinschuldner oder dem Nachlaßpfleger gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind, so steht die Vermutung des BGB. § 1006 Abs. 1 der die Sachen unbestritten im Eigenbesitz habenden Beklagten zur Seite, und zwar auch dem früheren Besitzer gegenüber. Der frühere Besitzer kann sich in einem solchen Fall gegenüber dem gegenwärtigen zur Entkräftung der Vermutung des Abs. 1 nicht auf die nur für die Dauer seines Besitzes aufgestellte Vermutung des Abs. 2 berufen, vielmehr ist von ihm zur Entkräftung der Vermutung des Abs. 1 zu fordern, daß er den Nachweis erbringt, daß der gegenwärtige Besitzer Eigentümer nicht ist. Die Ausführungen des Berufungsrichters, die er im Anschluß an die vom 5. ZS. in seinem Urteil vom 27. Mai 03 — abgedruckt in den RGZ. 55, 53 — vertretene Auffassung über das Verhältnis der Vermutung des Abs. 1 des § 1006 zu der des Abs. 2 gibt, sind nicht zu beanstanden. Kläger hat aber den hiernach von ihm zu fordernden Nachweis, daß die Beklagte, die ihrerseits sich auf Erwerb des Eigentums durch Beerbung ihrer Mutter bzw. ihres Bruders beruft, nicht die Eigentümerin der Sachen sei, wie der Berufungsrichter in einer von der Revision nicht angefochtenen Weise festgestellt hat, nicht erbracht. Da der Kläger eine Behauptung, daß die Beklagte ihm gegenüber zum Besitze nicht berechtigt sei, in den Vorinstanzen nicht aufgestellt hat, so kann dahingestellt bleiben, welchen Einfluß ein solcher Umstand auf die Vermutung des § 1006 Abs. 1 haben würde . . .“

64. Rechtsstellung des Zessionars hinsichtlich des ihm nicht übergebenen Hypothekenbriefs gegenüber dem Zedenten seines Zedenten (BGB. §§ 1154, 952, 985; 433, 437, 444, 515; 398, 401, 402, 404; EGBGB. Art. 189). Urt. vom 16. Okt. 07 V 47/07.

„Der Berufungsrichter erachtet den Kläger auf Grund der Vorschrift des BGB. § 952 für den Eigentümer der fraglichen Hypothekenurkunde, die über die vom Großherzoglich Hessischen Amtsgerichte Vilbel am 12. September 1900 bestätigte und am 5. Oktober 1900 in das Hypothekenbuch des Ortsgerichts Groß-Karben für den Beklagten eingetragene Hypothek ausgefertigt worden ist, und erklärt gegenüber dem hiernach aus BGB. § 985 begründeten Herausgabeanspruche des Klägers die vom Beklagten geltend gemachten Einreden für

hinfällig, weil sie lediglich das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsvorgänger des Klägers, dem Kaufmann N., und dem Beklagten beträfen und daher dem Kläger nicht entgegengestellt werden könnten. Den Übergang des Eigentums an der Urkunde vom Beklagten auf den Kläger folgert der Berufungsrichter aus der Übertragung der Hypothekenforderung am 25. Juni 1903 seitens des letzteren an den Kläger.

Mit Recht rügt die Revision, der Berufungsrichter hätte prüfen müssen, ob diese Übertragungsakte die Wirkung gehabt haben, daß der Kläger das eigentumsgleiche Gläubigerrecht an der Hypothek erlangt hat. Denn nach § 952 Abs. 1, 2 BGB. ist nur der „Gläubiger" der Hypothekenforderung auch zugleich Eigentümer des über die Forderung ausgestellten Hypothekenbriefs (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 Anm. I 3 zu § 952 BGB.). Um aber festzustellen, ob durch die genannten Abtretungserklärungen allein der Übergang des Gläubigerrechts von dem Beklagten auf den Kläger bewirkt ist, hätte der Berufungsrichter zur Erörterung ziehen müssen, nach welchem Rechte die Wirkung der Abtretungserklärungen zu beurteilen ist. Würde es sich um eine nach dem Rechte des BGB. zu beurteilende Briefhypothek handeln, so wäre zur Übertragung der Hypothekenforderuug gemäß BGB. § 1154 Abs. 1 die Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich gewesen: die Abtretungserklärungen vom 25. Juni 1903 und 7. März 1904 hätten also für sich allein nicht den Übergang des Gläubigerrechts an der Hypothek auf den Kläger bewirkt . . . Hätte der Kläger das Gläubigerrecht nicht erlangt und demgemäß die Hypothekenurkunde nicht zum Eigentum erworben, so würde zu prüfen sein, ob dem Kläger ein obligatorisches Recht auf Herausgabe der Hypothekenurkunde gegen den Beklagten zusteht. In dieser Hinsicht wären, auch wenn das Grundbuch noch nicht angelegt wäre, die Vorschriften des BGB. maßgebend, da durch EGBGB. Art. 189 nur die dingliche Rechtsänderung der in Rede stehenden Hypothek betroffen wird.

Nach dem Inhalte der Urkunde vom 24. Juni 1903 liegt der Zession des Beklagten an N. vom 25. Juni 1903 ein Tauschvertrag zugrunde und nach der Behauptung des Klägers ist die Zession des N. an ihn vom 7. März 1904 auf Grund eines Kaufs der Hypothek erfolgt. Gemäß BGB. §§ 433, 437, 444, 515 hat daher N. gegen den Beklagten und der Kläger gegen N. einen Anspruch auf Beschaffung der Hypothekenurkunde, da diese zur Geltendmachung der Hypothek erforderlich ist (JW. 06, 545 Nr. 11). Außerdem ist schon auf Grund der Abtretungserklärungen der Beklagte gegenüber N. und dieser gegenüber dem Kläger gemäß BGB. §§ 398, 401, 402 zur Auslieferung der Hypothekenurkunde, soweit sie sich im Besitze des Abtretenden befindet, verpflichtet. Es wäre darüber zu entscheiden, ob kraft Gesetzes der Kläger auch unmittelbar gegen den Beklagten einen Anspruch auf Auslieferung der Hypothekenurkunde hat, ob insbesondere nach BGB. § 402, wenn der Zessionar die abgetretene Forderung weiter zediert, dem zweiten Zessionar auch gegen den ursprünglichen Gläubiger ein Anspruch auf Auslieferung der Beweisurkunden zusteht (Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Erl. 4 zu § 402; Dernburg, Bürgerliches Recht 2, 324) oder ob er auf den Anspruch gegen seinen Zedenten beschränkt ist (Planck, Anm. 1 f. zu § 402; Oertmann, Schuldverhältnisse, Anm. zu § 402 BGB.).

Wäre letzteres anzunehmen, so wäre weiter zu prüfen, ob nicht bei der Zession vom 7. März 1904 nach dem Willen der Beteiligten der dem N. auf Grund der Zession vom 25. Juni 1903 gegen den Beklagten zustehende Anspruch auf Herausgabe der Hypothekenurkunde mit abgetreten werden sollte und dieser Wille auch genügend zum Ausdruck gebracht worden ist. Für die Bejahung dieser Frage käme in Betracht, daß N. dem Kläger die Hypothekenurkunde zu verschaffen hatte, und daß der Anspruch auf Herausgabe gegen den noch im Besitze der Hypothekenurkunde befindlichen ursprünglichen Gläubiger ebenso wie die Hypothekenurkunde selbst als in einem Zugehörigkeitsverhältnisse zu der Hypothekenforderung stehend zu erachten ist (vgl. RGZ.

54, 112; JW. 07, 152 Nr. 36). Auch wäre, worauf der Revisionsbeklagte mit Recht hinweist, in Erwägung zu nehmen, ob nicht durch die in der Zession erklärte Abtretung der Hypothek ‚mit allen Rechten und Klagen‘ die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Hypothekenurkunde gegen den Beklagten als den früheren Gläubiger mit umfaßt wird.

Andererseits würde, wenn der Kläger seine Legitimation zur Erhebung des Herausgabeanspruchs gegen den Beklagten nur auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs des N. stützen könnte, darüber zu befinden sein, ob und inwieweit die etwa gegen einen Herausgabeanspruch des N. dem Beklagten zustehenden Einreden des nicht erfüllten Vertrages der Arglist der ungerechtfertigten Bereicherung und des Zurückbehaltungsrechtes gemäß BGB. § 404 auch dem Kläger entgegengestellt werden könnten."

65. Unterhaltsanspruch der Ehefrau (BGB. §§ 1360, 1361). Urt. vom 14. Nov. 07, IV 182/07.

„. . . Allerdings hat der Mann nach BGB. § 1360 Abs. 1 der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren, allein nach § 1360 Abs. 3 Satz 1 ist der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Daraus ergibt sich als Regel, daß der Mann seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber seiner Ehefrau genügt, wenn er dafür sorgt, daß sie in dem gemeinsamen Haushalte der Eheleute ihren Unterhalt empfangen kann. Regelmäßig besteht also für den Mann keine Verpflichtung, der Frau den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren und sie auf diese Weise in den Stand zu setzen, außerhalb der Ehewohnung zu leben. Die für die Unterhaltspflicht der Verwandten in § 1612 Abs. 1 Satz 1 vorgeschriebene Art der Unterhaltsgewährung durch Entrichtung einer Geldrente ist für das Verhältnis von Eheleuten grundsätzlich ausgeschlossen. Demzufolge kann eine Frau, die sich der ehelichen Lebensgemeinschaft gegen den Willen des Mannes ohne Grund entzieht, von ihrem zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht — in der vorgeschriebenen Art und Weise — bereiten und vermögenden Manne nicht verlangen, daß er ihr den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente gewähre. Daß etwa der Ausnahmefall des § 1361 Abs. 1 vorliege, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt . . ."

66. Welches Recht ist auf die Scheidungsklage eines Mannes anzuwenden, der keinem Staate angehört und angehört hat? Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als Scheidungsgrund nach BGB. § 1568 (BGB. §§ 1567, 1568; EGBGB. Art. 17, 29). Urt. vom 17. Okt. 07, IV 106/07.

„Der Kläger gehört, wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht festgestellt hat, keinem Staat an, hat auch früher keinem Staate angehört. Er hat in England die Ehe geschlossen, einige Zeit in der Schweiz gewohnt und sich am 18. März 1905 in M. zum Aufenthalt angemeldet. In M. hat er im November 1905 die Scheidungsklage erhoben, nachdem seine Frau am 4. März 1905 von der Schweiz aus nach England abgereist war. Das Landgericht und das Berufungsgericht haben angenommen, nach EGBGB. Art. 17 Abs. 1 in Verb. mit Art. 29 sei die Scheidungsklage nach dem Recht des BGB. zu beurteilen. Das Berufungsgericht hat noch beigefügt, die Abweisung der Klage, die nach BGB. § 1568 nicht begründet sei, erscheine gemäß EG. Art. 17 Abs. 4 selbst dann gerechtfertigt, wenn Kläger nicht ‚staatsangehörigkeitslos‘ wäre und irgend welches ausländische Gesetz seine ehelichen Verhältnisse regelte. Es ist nicht anzunehmen, daß der Berufungsrichter mit dieser Erwägung die Feststellung, der Kläger gehöre keinem Staate an, beseitigen wollte. Gehörten die Parteien einem ausländischen Staate an, so hätte die Scheidungsklage im Inlande nur unter der in ZPO. § 606 Abs. 4 bezeichneten Voraussetzung erhoben werden können. — Nicht zu-

treffend ist es ferner, wenn das Landgericht und das Berufungsgericht davon ausgegangen sind, es komme nur das Recht des BGB. zur Anwendung, weil der Kläger keinem Staate angehöre und angehört habe, zur Zeit der Klagerhebung aber im Inlande seinen Wohnsitz oder Aufenthalt gehabt habe. Allerdings ist, wenn nach deutschem Recht kein Scheidungsgrund besteht, die Abweisung der Klage schon nach EG. Art. 17 Abs. 4 geboten. Wäre jedoch in den von dem Kläger behaupteten Vorgängen, die in England und in der Schweiz sich ereigneten, nach deutschem Recht ein Scheidungsgrund zu finden gewesen, so hätte — wie sich aus EG. Art. 17 Abs. 2 in Verb. mit Art. 29 ergibt — die Prüfung nicht unterlassen werden dürfen, ob die — nach deutschem Recht die Scheidung begründenden — Tatsachen auch nach den Gesetzen des Staates, in welchem der Ehemann zu der Zeit, als die Tatsachen sich ereigneten, seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte, die Scheidung begründeten.

Auch zur Frage der Anwendung des BGB. § 1568 sind die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht bedenkenfrei. Die Revision macht geltend, der Berufungsrichter habe den § 1568 verletzt, indem er den Umstand, daß die Beklagte den Kläger am 4. März 1905 verlassen habe und sich gegen seinen Willen in England aufhalte, grundsätzlich bei der Betrachtung, ob die Voraussetzungen des § 1568 gegeben seien, ausgeschieden habe; daraus, daß die bösliche Verlassung nur unter den in § 1567 aufgestellten Voraussetzungen einen Scheidungsgrund bilde, folge nicht, daß nicht die Tatsache der Trennung der Frau von dem Manne mit anderen Tatsachen zusammen den Tatbestand des § 1568 erfüllen könne. Die Rüge ist zutreffend. Der Berufungsrichter hat ausgeführt, die willkürlich seitens der Beklagten vollzogene Trennung von dem Kläger falle ihrer Natur nach gar nicht unter § 1568, mangels der Voraussetzungen des § 1567 Nr. 2 sei ihr die Bedeutung eines ehescheidenden Faktors überhaupt abzusprechen. Mit diesen Erwägungen hat das Berufungsgericht die Bestimmungen des § 1568 verletzt. Unter den Voraussetzungen, die § 1567 bestimmt, bildet die ‚bösliche Verlassung‘ einen absoluten Scheidungsgrund. Liegen die Voraussetzungen des § 1567 nicht vor, so kann wegen böslicher Verlassung die Scheidung nicht verlangt werden; immerhin liegt in dem Verhalten eines Ehegatten, der sich in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft fernhält, eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, die wie jede andere Eheverfehlung bei der Prüfung, ob der Tatbestand des § 1568 gegeben ist, Verwendung finden kann. Das Reichsgericht hat denn auch schon in dem Urt. vom 7. Juli 04, IV 192/04 ausgesprochen: ‚Unter Umständen kann auch in der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten liegen, die, wenn nicht für sich allein, doch in Verbindung mit anderen Verfehlungen die Anwendung des § 1568 zu rechtfertigen vermag.‘"

67. Schuldigerklärung beider Ehegatten (BGB. § 1574). Urt. vom 14. Nov. 07, IV 140/07.

„. . . Es ist nicht zutreffend, wenn die Revision hinsichtlich der Anwendbarkeit des BGB. § 1574 Abs. 2 den Standpunkt vertritt, für beide Ehegatten müsse ein Verschulden von gleicher Schwere vorliegen . . ."

68. Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten (BGB. §§ 1578, 1579). Urt. vom 17. Okt. 07, IV 86/07.

„Der Berufungsrichter geht, wennschon er sich besonderer Ausführungen darüber enthält, davon aus, daß der zum standesmäßigen Unterhalt der Klägerin erforderliche Jahresbetrag auf mindestens 1960 ℳ zu bestimmen ist, so daß die Klägerin bei Einrechnung der Zinsen ihres angeblichen Kapitalvermögens von 4000 ℳ auf Grund des § 1578 an sich von dem Beklagten als dem bei Scheidung der Ehe allein für schuldig erklärten Manne noch mindestens 1800 ℳ zu fordern hat. Bei Bestimmung des standesmäßigen

Unterhaltsbedarfs ist auf die Lebensstellung des Beklagten zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurteils im Jahre 1905 Rücksicht genommen, zu welcher Zeit der Beklagte als studierter Chemiker bei der Aktiengesellschaft für Teer- und Erdölindustrie in E. als Betriebsdirektor mit einem Gehalt von 9000 ℳ und einer Tantieme von 3000 ℳ jährlich angestellt war. Die auf dieser Grundlage erfolgte Bemessung des standesmäßigen Unterhalts wird von der Revision nicht angefochten. Es entspricht auch der Bestimmung des BGB. § 1578, daß für diese Bemessung, was auch von der Revision als richtig zugegeben wird, die Lebensstellung des Beklagten zur Zeit der Scheidung zugrunde gelegt ist, welche Lebensstellung übrigens dadurch, daß der Beklagte zurzeit außer Stellung ist, noch nicht verändert ist. Die Revision macht dagegen dem Berufungsrichter den Vorwurf, daß er zu Unrecht für ‚die nähere Bestimmung des Umfangs der Verpflichtung' das Einkommen des Mannes zur Zeit der Scheidung, nicht das jeweilige Einkommen für maßgebend erachtet habe. Dieser Vorwurf ist insofern nicht unbegründet, als der Berufungsrichter bei Erörterung der Einkommensverhältnisse des Beklagten es nach BGB. § 1578 für unerheblich erklärt, ob dessen Einkommen hinterher, nach der Scheidung der Ehe, sich geringer gestellt hat, und hieraus herleitet, es komme darauf nicht an, ob der Beklagte zurzeit ohne Stellung sei. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten, der in den §§ 1578 ff. seine Regelung gefunden hat, wird nicht bloß durch die Bedürftigkeit des Berechtigten, sondern auch durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten begrenzt. Der § 1579 behandelt speziell den Fall, daß der allein für schuldig erklärte Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dem anderen Ehegatten Unterhalt zu gewähren. Der vorliegendenfalls in Betracht kommende § 1578 setzt deshalb das Bestehen der Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten, die nur nach den jeweiligen Vermögensverhältnissen desselben beurteilt werden kann, voraus. Abweichend von dem Preußischen Allgemeinen Landrecht, welches dem unschuldigen Ehegatten einen Anspruch auf Entschädigung, auf Abfindung oder nach Wahl der Ehefrau auf standesgemäße Verpflegung nach den Vermögensverhältnissen des verpflichteten Ehegatten zur Zeit der Scheidung gewährte (§§ 783 ff., insbesondere § 803 Teil II Titel 1 ALR.) und dadurch die definitive Regelung der wechselseitigen Beziehungen zwischen den geschiedenen Ehegatten ermöglichte, hat das BGB. dem unschuldigen Ehegatten einen Unterhaltsanspruch gegeben, welcher im Anschluß an die gesetzliche Unterhaltspflicht der Verwandten gestaltet ist (vgl. Motive 4, 618 ff.). Der unschuldige Ehegatte soll durch die Scheidung hinsichtlich des Unterhaltsanspruchs im ganzen nicht schlechter gestellt werden, als wenn die Ehe noch fortbestände (Planck zu BGB. § 1579 Anm. 6). Andererseits hat er auch kein Recht auf günstigere Behandlung. Er muß deshalb, wenn die Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten nach der Scheidung sich vermindert, die hieraus folgende Minderung des Unterhalts sich ebenso gefallen lassen, als wenn die Ehe noch bestände . . ."

69. Vorenthaltung eines Kindes (BGB. § 1632; ZPO. §§ 627, 927, 936). Urt. vom 21. Okt. 07, IV 394/07.

„. . . Die Revision rügt Verletzung der ZPO. §§ 627, 927, 936 und des BGB. § 1632. Sie meint, das Wesen einer einstweiligen Verfügung und das Verhältnis einer solchen zum Hauptanspruche sei verkannt worden. Der Angriff geht fehl. Selbstverständlich würde eine andere Beurteilung geboten sein, wenn es sich um eine in dem Verfahren auf Herausgabe des Kindes erlassene einstweilige Verfügung gehandelt hätte, durch die der Beklagten auf Grund der ZPO. § 940 zur Regelung eines einstweiligen Zustandes bis zum Erlaß des Urteils über den Herausgabeanspruch gestattet worden wäre, das Kind bei sich zu haben. Der Fall liegt aber hier nicht vor. Der Beklagten ist vielmehr in einem anderen, den Ehestreit der Parteien betreffenden Verfahren auf Grund

der dem Gericht durch ZPO. § 627 gesetzlich gewährten Befugnis durch rechtskräftige Entscheidung für die Dauer des zur Zeit des Erlasses des Berufungsurteils noch nicht beendigten Ehestreits der Parteien die Sorge für die Person des minderjährigen Kindes der Parteien übertragen worden. Solange diese Verfügung der Beklagten als noch fortwirkend zur Seite steht, fällt der Beklagten eine widerrechtliche Vorenthaltung des Kindes i. S. des BGB. § 1632 nicht zur Last. Es ist auch nicht zutreffend, wenn die Revision aus dem Urteile des RG. in Sachen der Parteien, betr. die einstweilige Verfügung vom 2. Mai 07 (IV 56/07), einen Widerspruch mit der Entscheidung des Berufungsurteils herleiten will. Der Fall, für welchen in dem Urteile vom 2. Mai 07 einer anderweiten Ausführung der Revision gegenüber auf die durch ZPO. § 927 gewährte Antragsberechtigung hingewiesen wurde, ist nicht eingetreten. Selbstverständlich hat die vom Berufungsgericht gebilligte Entscheidung des Landgerichts nur die Bedeutung einer Klagabweisung zurzeit."

70. **Begriff des Erwerbes eines Erwerbs(Handels)geschäfts. Erwerb eines solchen Geschäftes durch einen Minderjährigen. Beteiligung eines Minderjährigen an einem Handelsgeschäft** (BGB. §§ 1643, 1822 Nr. 3; HGB. §§ 22, 23). Urt. vom 11. Okt. 07, II 9/07.

„. . . Nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 bedarf der Vater zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts seitens seines minderjährigen Kindes gerichtet ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Daß M. ein Erwerbsgeschäft, nämlich ein Handelsgeschäft, gerichtet auf den ständigen Umsatz von Waren zum Zwecke des Erwerbs, besessen hat, ist unstreitig und wird auch von dem Revisionskläger mit der Revision nicht in Zweifel gezogen. Der hier in Rede stehende Vertrag zielte nach den vorerörterten Feststellungen auf den, und zwar entgeltlichen, Erwerb dieses Geschäfts in seiner Gesamtheit durch den Kläger ab. Daß zwischen den Beteiligten die Übertragung der von M. geführten Firma nicht vereinbart ist, ist dabei völlig ohne Belang; zwar kann die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden (HGB. § 23), aber sehr wohl das Handelsgeschäft ohne die Firma, zu deren Fortführung es neben und außer der Übertragung des Geschäfts der besonderen Einwilligung des bisherigen Inhabers bedarf (§ 22 a. a. O.). Auch daß Geschäftsausstände und Geschäftspassive nicht auf den Erwerber übergehen sollten, hat für den Erwerb des Handelsgeschäfts als solchen keine ausschlaggebende Bedeutung (RGZ. 25, 3). Von Bedeutung ist allein, daß zur fortgesetzten Führung des Geschäfts wesentliche Bestandteile und daß zugleich das Handelsgeschäft in seiner Gesamtheit, in seiner Kontinuität als einheitliches Ganzes — in seinen durch den Geschäftsbetrieb geschaffenen Verkehrsbeziehungen, in seinen Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb (RGZ. 55 S. 124/125) — das Objekt des Übertragungsaktes bildet. Dieses ist hier nach den Feststellungen des Berufungsrichters der Fall gewesen.

Wenn die Revision noch betont hat, daß in dem Vertrage von der Kundschaft nicht die Rede sei, so ist dem gegenüber zu bemerken, daß mit dem Geschäftsbetriebe als solchem auch die Kundschaft, die Beziehungen des Geschäftsinhabers zu den Kunden mitübertragen wurden; alles ohne Ausnahme (abgesehen von Aktiven und Passiven) sollte auf den Kläger übergehen, also auch die Kundschaft. Daß derselben nicht noch besonders Erwähnung geschah, erscheint zumal bei der Form, in die die Geschäftsübertragung gekleidet wurde, in keiner Weise auffallend. — Der Revisionskläger hat endlich noch darauf hingewiesen, daß nach den von ihm in den Instanzen aufgestellten Behauptungen der Kläger schon vor dem Abschluß des Vertrages vom 24. Juli 1903 Teilhaber des M.schen Geschäfts gewesen sei und dieser Vertrag auch deshalb nicht ein Vertrag gewesen sein könne, durch den der Kläger das betreffende Geschäft erst habe erwerben sollen. Auch diese Rüge ist hinfällig; der Kläger war nicht Mitteilhaber des M.schen Geschäfts; er hätte das gemäß BGB.

§§ 1822 Nr. 3, 1643 ebenfalls nur auf Grund eines vom Vormundschaftsgericht genehmigten Gesellschaftsvertrages geworden sein können, ein solcher vormundschaftsgerichtlich genehmigter Gesellschaftsvertrag liegt aber nach den von dem Beklagten selbst aufgestellten Behauptungen nicht vor.

Übrigens setzt BGB. § 1822 Nr. 3, wie zum Schluß noch bemerkt werden mag, auch nicht etwa voraus, daß, sofern ein schriftlicher Vertrag überhaupt abgeschlossen ist, in diesem ausdrücklich der Erwerb eines Erwerbsgeschäfts als Gegenstand des Vertrages bezeichnet ist . . ."

71. **Verteilung der Früchte (Aktiendividenden) zwischen dem Vorerben und dem Nacherben** (BGB. §§ 2111, 101). Urt. vom 17. Okt. 07, IV 104/07.

„. . . Der auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts gemachte Erwerb braucht aber gemäß BGB. § 2111 nicht an den Nacherben herausgegeben zu werden, wenn der Erwerb dem Vorerben als Nutzung gebührt. Es kommt deshalb für die Frage, ob Kläger die Verteilung des auf die Dividenden und Genußscheine bis zum Todestage des Erblassers entfallenen Betrages verlangen kann, darauf an, ob es sich um eine dem Vorerben gebührende Nutzung handelt. Dem Vorerben gebühren aber, ähnlich wie dem Nießbraucher, die Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvorteile) nur für eine bestimmte Zeit, für die Zeit vom Erbfall bis zur Beendigung des Vorerbenrechts. Es gewinnen deshalb die Grundsätze über die Verteilung der Früchte zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher oder zwischen mehreren zeitlich aufeinander folgenden Nutzungsberechtigten, wie sie in BGB. § 101 gegeben sind, auch hier Anwendung zur Begrenzung des Rechts des Vorerben gegenüber dem Nacherben. Wenn auch die Früchte, die der Vorerbe von der Zeit des Erbfalls an bezieht, und die in die frühere Zeit fallenden Früchte gleichmäßig dem Vorerben zufallen, so gehören doch letztere zu der an den Nacherben herauszugebenden Erbschaft, während erstere Früchte dem Vorerben verbleiben. Die Scheidung zwischen diesen verschiedenen Rechtskreisen angehörenden Früchten ist nur durchzuführen auf Grund des in BGB. § 101 ausgesprochenen allgemeinen Prinzips. Nach § 101 Nr. 2 gebührt aber dem Nutzungsberechtigten, wenn die Früchte in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen, ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Teil. Zu den Gewinnanteilen sind insbesondere auch die Dividenden zu rechnen, die auf Aktien zur Verteilung kommen. Es macht hierbei keinen Unterschied, wenn die Festsetzung der Dividende durch Generalversammlungsbeschluß stattgefunden hat. Die Verteilung hat vielmehr bei regelmäßig wiederkehrenden Erträgen nach der Bestimmung des § 101 lediglich nach Verhältnis der Zeit zu erfolgen . . ."

72. **Verkauf eines Grundstücks seitens des Vorerben unter Übernahme der Verpflichtung, eine darauf haftende Hypothek löschen zu lassen** (BGB. §§ 2113, 2136; GBO. §§ 29, 79). Beschl. vom 9. Nov. 07, V B 148/07.

„Im Grundbuche von M. Bl. 63 war die Witwe Lina Auguste O. in der I. Abteilung auf Grund des Testaments ihres verstorbenen Mannes als Eigentümerin (Erbin) und fünf minderjährige Geschwister O. ebendaselbst als Nacherben mit dem Bemerken eingetragen worden, daß sie auf dasjenige eingesetzt seien, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrigbleiben würde. In einem notariellen Kaufvertrage vom 18. Juni 1907 verkaufte die Witwe O. das Grundstück dem Maschinenführer S. für 6100 ℳ, von denen 1900 ℳ bei der Auflassung bar gezahlt und 4200 ℳ eingetragen werden sollten. Im § 4 des Kaufvertrages verpflichtete sich Frau O., eine Hypothek von 1800 ℳ, die sie für eine Frau M. hatte eintragen lassen, bis zur Auflassung zur Löschung zu bringen. In der notariellen Auflassungsverhandlung vom 15. Juli 1907 bekannte sie dann, die Anzahlung von 1900 ℳ erhalten u haben, überreichte die Quittung und Löschungsbewilligung der Frau M. und

erklärte die Auflassung an S., während dieser die Eintragung der 4200 ℳ bewilligte und im Verein mit der Witwe O. die entsprechenden Eintragungs- und Löschungsanträge stellte. Das Amtsgericht in A. trug am 2. August 1907 Paul S. als Eigentümer und die 4200 M. als Kaufgelderhypothek mit dem Nacherbenrecht der Kinder ein, lehnte aber die Löschung der 1800 M. ab, indem es u. a. hervorhob, daß die Nacherben in die Löschung dieser zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek nicht eingewilligt hätten. Das Landgericht in Ch. trat unter Bezugnahme auf den Beschl. des KG. vom 28. Juni 06 (RJA. 7, 268) und des RG. vom 23. Febr. 07 (RJA. 8, 219; JW. 07, 212) diesem Ablehnungsgrunde bei und wies die Beschwerde S. zurück.

Hierüber hat S. weitere Beschwerde erhoben. Das Oberlandesgericht in D. hat in dem Beschl. vom 21. Sept. 07 erklärt, daß es im vorliegenden Falle das Vorhandensein einer unentgeltlichen Verfügung auf seiten der Vorerbin für ausgeschlossen erachte und der Beschwerde stattzugeben geneigt sei, daß es sich jedoch durch den angezogenen Beschl. des RG. und den vorangegangenen vom 12. Juli 05 (RGZ. 61, 228) daran verhindert sehe. Es hat deshalb, indem es gleichzeitig Bedenken gegen die Richtigkeit der erwähnten Beschlüsse vorgebracht hat, auf Grund der GBO. § 79 Abs. 2 die Beschwerde dem Reichsgericht vorgelegt.

Die Voraussetzungen der erwähnten Gesetzesvorschrift konnten jedoch nicht als vorhanden angenommen werden. In beiden reichsgerichtlichen Beschl. vom 12. Juli 05 und 23. Febr. 07 ist bereits darauf hingewiesen, daß von der Eintragung des Nacherbenrechts bzw. der Einwilligung der Nacherben Abstand genommen werden könne, wenn es offenkundig sei, daß eine Unentgeltlichkeit i. S. des BGB. § 2113 Abs. 2, § 2136 ff. nicht in Frage kommen könne (GBO. § 29 Satz 2). Solche Fälle werden, wie dort hervorgehoben, überaus selten sein, sind aber immerhin denkbar. Der vorliegende Fall steht dem gleich. Denn die Löschung, um die es sich handelt, stellt sich als eine im Kaufvertrage übernommene Verpflichtung dar, und es könnte von einer Unentgeltlichkeit nur dann die Rede sein, wenn der Kaufpreis zu niedrig angegeben wäre, so daß der Käufer, anstatt die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen oder einen entsprechenden Mehrbetrag zu zahlen, die Hypothek ohne Entgelt gelöscht erhielte. Die Unentgeltlichkeit würde dann aber nicht in der Löschung, sondern in dem Kaufvertrage liegen, und dagegen sind die Nacherben bereits durch die Eintragung ihres Nacherbenrechts in der ersten Abteilung des Grundbuchs geschützt."

73. **Erfordernis der Anwesenheit der Testamentszeugen bei Erklärung des letzten Willens** (BGB. §§ 2238, 2239, 125). Urt. vom 24. Okt. 07, IV 541/07.

„Das Berufungsgericht stellt den Hergang bei der Errichtung des Testaments dahin fest, daß die beiden Testamentszeugen erst eingetroffen seien, nachdem der Notar mit der Erblasserin verhandelt und sie ihm ihren letzten Willen mündlich erklärt hatte, daß die mündliche Erklärung des letzten Willens in Gegenwart der Zeugen nicht wiederholt, daß in deren Gegenwart nur die in ihrem Beisein geschriebene Urkunde verlesen worden sei, und die Erblasserin nur die Frage des Notars nach der Übereinstimmung der Urkunde mit ihrem Willen bejaht habe. Demnächst habe die Erblasserin die Urkunde in Gegenwart der Zeugen und des Notars unterzeichnet. Das Berufungsgericht hält hiernach die für das mündlich erklärte Testament gebotene Form nicht erfüllt. Bedeutungslos sei, daß nach der Aussage des Notars auf Grund des verlesenen Protokolls zwischen dem Zeugen D. und dem Notar eine Auseinandersetzung bezüglich der Vermächtnisanordnungen des Testaments stattgefunden habe. An dieser Unterhaltung habe sich die Erblasserin nicht beteiligt.

Mit Recht hat das Berufungsgericht bei Zugrundelegung dieses Sachverhalts angenommen, daß das Testament nicht dem Erfordernisse des BGB. § 2239 entspricht, wonach die Testamentszeugen während der ganzen Verhand-

lung zugegen sein müssen. Hierfür genügt es nicht, wie in dem durch FGG. § 174 geregelten Falle, daß die Zeugen bei der nach BGB. § 2242 erforderlichen Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls gegenwärtig sind, sie müssen vielmehr auch bei der in Gemäßheit des § 2238 daselbst erfolgenden Erklärung des letzten Willens zugegen sein. Dies ist in Gegenwart der Zeugen nicht geschehen. Das Testament ist daher nichtig (BGB. § 125; vgl. RGZ. 63, 86 ff.)."

74. Protokoll über die Übergabe eines Testaments. Selbständige Bedeutung und Wirksamkeit eines Nachtrages zu einem nichtigen Testament (BGB. §§ 2238, 2241 Nr. 3, 2242, 2085). Urt. vom 17. Okt. 07, IV.

Der Ehemann hatte in einem gemeinschaftlichen Testament seine Ehefrau sowie die Kläger und den Beklagten zu Erben eingesetzt. Später überreichten die Ehegatten dem Notar einen Nachtrag zum gerichtlichen Verwahrsam, worin das Testament lediglich insoweit abgeändert wurde, daß der Ehemann neben seiner Frau nur noch den Beklagten zum Erben ernannte. Die Frau starb vor dem Manne. Das Testament war wegen Formmangels nichtig.

Das weitere ergibt sich aus den Gründen:

„. . . Die Kläger kommen in ihrer Revisionsbegründung auf die obigen formellen und materiellen Beanstandungen des Testamentsnachtrags vom 18. Dezember 1903 zurück. Der Revision war jedoch der Erfolg zu versagen. Allerdings muß, wenn der Erblasser dem Richter oder Notar gemäß BGB. § 2238 Abs. 1 eine Schrift mit der Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte, das über den Errichtungsakt aufzunehmende Protokoll nach § 2241 Nr. 3 daselbst nicht bloß jene Erklärung des Erblassers, sondern auch die Feststellung enthalten, daß die Übergabe tatsächlich erfolgt sei. Daß das Protokoll diese letztere Feststellung enthält, stellt aber das Berufungsgericht ausdrücklich fest. Es führt aus, daß die Worte des Protokolls ‚Wir überreichen dasselbe hiermit' nicht bloß die Erklärung der Erblasser, sondern auch die Tatsache feststelle, daß die Erblasser ihre Erklärung durch die Ausführung der Übergabe in die Tat umgesetzt haben, und daß die darauf der Vollziehung des Protokolls durch die Erblasser folgende Nachschrift nur eben das nochmals bekunde, was schon vordem ersichtlich gemacht sei. Diese Feststellung des Berufungsgerichts beruht auf bedenkenfreier Auslegung des Testamentsnachtrags und ist einem Revisionsangriffe nicht zugänglich. Daß die die Feststellung der Übergabe enthaltende Erklärung ‚Wir überreichen dasselbe hiermit' gemäß § 2242 vorgelesen, von den Erblassern genehmigt und unterschrieben worden ist, ist von keiner Seite in Zweifel gezogen.

Weiterhin ist vom Berufungsgericht bedenkenfrei angenommen, daß der Testamentsnachtrag auch nach dem Wegfalle des Testaments vom 15. Juli 1902 materiell selbständige Bedeutung behalten hat. Freilich würde jede inhaltliche Ergänzung des Testamentsnachtrags durch die Bestimmungen des Testaments ausgeschlossen sein, da letzteres mangels Beobachtung der Formvorschriften überhaupt jeder Wirksamkeit entbehrt. Das Berufungsgericht führt aber mit ausreichender Begründung aus, daß der Erblasser Otto C. — um dessen Nachlaß es sich in Wahrheit allein handelt —, falls er die Ungültigkeit des Testaments gekannt hätte, doch das Bestehen des Nachtrags für sich gewollt haben würde, da eben durch ihn die Hauptsache, die Erbeinsetzung des Beklagten, gewahrt geblieben sei. Diese Annahme ist wesentlich tatsächlich und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Ist aber hiernach in Anwendung des BGB. § 2085 des Nachtrags mit seiner Einsetzung des Beklagten als Alleinerben wirksam, so ist das von den Klägern mit der Klage prätendierte Erbrecht mit Recht verneint."

75. Nachweis der Erbfolge im Prozeß (BGB. §§ 2365—2367, 372; ZPO. § 94). Urt. vom 25. Nov. 07, IV 164/07.

„. . . Der Berufungsrichter verlangt, wenn er auch das Wort Erbschein nicht gebraucht, daß die Erbfolge durch einen Erbschein dargetan werde, der

die Erbfolge zwar nicht beweist, dem aber zugunsten gutgläubiger Dritter öffentlicher Glaube beigelegt ist (BGB. §§ 2365—2367). Es kann jedoch nicht gefordert werden, daß der Nachweis der Erbfolge allgemein oder einem Schuldner gegenüber — der Beklagte kommt bei der Entsagungserklärung als etwaiger Schuldner der D. B. in Betracht — durch Erbschein geführt werde. Die Fälle, in denen der Erbe die Verpflichtung hat, sich durch einen Erbschein auszuweisen, sind besonders bestimmt (vgl. GBO. § 36, ZVG. § 17 Abs. 3). Wie in den Motiven 5, 568 angeführt ist, erschien es nicht angemessen, jedem Dritten die Befugnis zu erteilen, die Vorlegung eines Erbscheines zu verlangen und sich auf eine andere Legitimation des Erben nicht einzulassen, vielmehr sollte dem Erben gestattet sein, im Prozesse seine Legitimation in der gewöhnlichen Weise zu führen (vgl. Kommissionsprotokoll 5, 687; Urt. des RG. vom 19. Sept. 00, JW. S. 729, vom 1. Mai 03, RGZ. 54, 343). Zum Schutze der Schuldner kann die Bestimmung des BGB. § 372 Satz 2 dienen und die Bestimmung der ZPO. § 94, wonach dem Rechtsnachfolger, der einen auf ihn übergegangenen Anspruch klagweise geltend macht, ohne den Übergang vor Erhebung der Klage mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen zu haben, die Prozeßkosten insoweit zur Last fallen, als sie dadurch entstehen, daß der Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt wird, den Anspruch zu bestreiten . . ."

76. **Vertragsauslegung nach ausländischem Recht** (EGBGB. Art. 11). Urt. vom 30. Okt. 07, II 218/07.

„Die Revision konnte keinen Erfolg haben. Sie bekämpfte in der Hauptsache die Auslegung der in Rede stehenden Verträge bezüglich der nach Annahme des Berufungsgerichts daraus für die Beklagte entspringenden Verpflichtung. Da es sich dabei um eine Unterlassungspflicht handelt, die Beklagte in Gothenburg (Schweden) domiziliert war und ist und kein Anhalt dafür vorliegt, daß sie sich bei Eingehung des Vertrages bezüglich dieser Verpflichtung dem für sie fremden deutschen Rechte hätte unterwerfen wollen, so ist dieselbe gemäß den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes nach schwedischem Rechte zu beurteilen."

77. **Aufhebung älterer, grundbücherlich nicht verlautbarter Gerechtigkeiten** (EGBGB. Art. 189, BGB. §§ 875, 876). Urt. vom 12. Okt. 07, V 31/07.

„Zur Aufhebung von Rechten an einem Grundstücke ist nach BGB. § 875 die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuche erforderlich. Nach § 876 bedarf es außerdem für den Fall, daß das aufzuhebende Recht unmittelbar oder mittelbar mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, noch der Zustimmung des Dritten. Die Gerechtigkeit am T.See, für die der Kläger Entschädigung beansprucht, bestand bereits vor dem 1. Jan. 1900, und sie war nicht zum Grundbuche eingetragen. Mit Rücksicht hierauf hat das Berufungsgericht jene Vorschrift des BGB. nicht für anwendbar erachtet. Gestützt ist diese Ansicht auf EG. Art. 189 Abs. 3, der bestimmt:

‚Die Aufhebung eines Rechts, mit dem ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück zu der Zeit belastet ist, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt auch nach dieser Zeit nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird.'

Demgegenüber macht die Revision geltend, daß durch die Vorschrift des § 189 Abs. 3 für die Aufhebung der Grundgerechtigkeit nur das eine Erfordernis beseitigt sei, nämlich die Löschung im Grundbuche, nicht aber auch das andere Erfordernis, die Zustimmung der in BGB. § 876 bezeichneten Berechtigten. Dieser Ansicht kann indessen nicht beigetreten werden. Der Wortlaut des § 189 Abs. 3 a. a. O. ergibt klar, daß für nicht eingetragene Gerechtigkeiten nicht lediglich die Löschung als Aufhebungsgrund hat beseitigt werden sollen, sondern daß es der Zweck dieser Bestimmung gewesen ist, in

bezug auf die Aufhebung dieser Rechte es allgemein bei den landesgesetzlichen Vorschriften zu belassen. Dies entspricht (Habicht, Übergangsbestimmungen, 3. Aufl., S. 453; Niedner, S. 391; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., S. 94) der übereinstimmenden Ansicht der Schriftsteller, und es ist auch bereits vom Reichsgericht in der Entsch. Bd. 63 S. 130 anerkannt worden . . ."

78. Wird eine Firma durch den Zusatz „Aktiengesellschaft" geändert? (HGB. §§ 20, 22, 25). Urt. vom 12. Okt. 07, I 594/06.

„Ohne Grund bemängelt die Revision die Annahme des Berufungsrichters, daß die Beklagte das Handelsgeschäft der bisherigen Firma ‚P. & Co.' unter der alten Firma fortgeführt habe. Wenn die Firma lautet ‚P. & Co. Aktiengesellschaft', so ergibt sich, daß die bisherige Firma bis auf den Zusatz ‚Aktiengesellschaft' unverändert geblieben ist. Die Hinzufügung dieses Zusatzes aber entspricht den Vorschriften des HGB. § 22 Abs. 1 Satz 2 und § 20, welche vom HGB. § 25 nicht berührt werden . . ."

79. Die Anpassung einer bekannten Einrichtung auf andere Raumverhältnisse ist keine Erfindung (Patentgesetz § 1). Urt. vom 9. Okt. 07, I 58/07.

„Der Berufung muß der Erfolg versagt werden. Auch wenn man von dem Schloß der Firma S. absieht, ist vor der Patentanmeldung unbestrittenermaßen sowohl ein Schloß, dessen Riegelzuhaltung als Klöppel dient, als auch ein Schloß mit selbstfedernder Zuhaltung bekannt gewesen. Allerdings war die erstere Einrichtung an einem Kastenschlosse angebracht. Aber mit vollem Recht hat das Patentamt ausgeführt, daß in der Anpassung von Einrichtungen eines Kastenschlosses an die besonderen Raumverhältnisse des Vorhängeschlosses keine Erfindung erblickt werden kann. Es handelt sich also nur darum, daß der Beklagte, indem er Zuhaltung, Feder und Klöppel in ein und demselben Organ darstellte, beide Einrichtungen, die als Klöppel fungierende Zuhaltung und die selbstfedernde Zuhaltung miteinander kombiniert und dadurch eine besondere Feder erspart hat. Ob die Patentschrift mit genügender Deutlichkeit erkennen läßt, daß gerade dies die geschützte Erfindung sein soll, kann dahingestellt bleiben. Der technische Fortschritt, den der Beklagte erzielt, möchte allenfalls für einen Gebrauchsmusterschutz ausgereicht haben; eine patentfähige Erfindung liegt nicht vor."

80. Unlauterer Wettbewerb seiten eines Zahnheilkundigen (UnlWG. § 1). Urt. vom 25. Okt. 07, II 146/07.

Der Beklagte hatte sich als „in Amerika staatlich approbierter Zahnarzt", „amerikanischer Zahnarzt" und „dental surgeon" bezeichnet. Er hatte zuvor vom Staate Wisconsin und für diesen Staat die Licence to practice dentistry und nach weiterem dreijährigen Studium vom Milwaukee Medical College das Diplom eines doctor in chirurgia dentaria erlangt. Das Berufungsgericht stellte fest, daß jene Bezeichnungen vom Publikum so aufgefaßt würden, als wenn der Beklagte eine der Approbation des deutschen Zahnarztes entsprechende amerikanische Approbation besitze, was aber nicht zutreffe, und verurteilte den Beklagten, die erwähnten Angaben zu unterlassen.

Aus den Gründen:

„. . . Der Revisionskläger hat ferner gerügt, das Berufungsgericht habe das weitere Erfordernis des § 1 des UnlWG. verkannt, wonach die unrichtige Angabe geeignet sein muß, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Dieses Tatbestandsmerkmal hat das Berufungsgericht deshalb als vorliegend erachtet, weil das Publikum auf Grund der streitigen Bezeichnungen annahm, daß die gewerblichen Leistungen des Beklagten vor denen seiner Gewerbsgenossen, die eine solche, wenn auch nur im Ausland staatlich anerkannte Befähigung nicht besitzen, den Vorzug verdienen,

und weil somit diese Bezeichnungen dem Beklagten einen Vorsprung vor seinen Gewerbsgenossen verschafften. Der Revisionskläger hat hiergegen geltend gemacht, er erwecke durch diese Bezeichnungen nicht fälschlich den Anschein eines besonders günstigen Angebots, sondern sein Angebot sei in Wirklichkeit ein besonders günstiges, ebenso günstig, wie das der deutschen Zahnärzte trotz ihrer staatlichen Prüfung, weil er vermöge seiner Ausbildung und seines Examens dieselbe Garantie in wissenschaftlicher und technischer Hinsicht biete wie die deutschen Zahnärzte. Auf diese Umstände kann es jedoch bezüglich des hier in Rede stehenden Tatbestandsmerkmals des § 1 cit. nicht ankommen. Vielmehr genügt es in dieser Hinsicht, wenn das seitens des Gewerbetreibenden vorliegende Angebot nach Ansicht des beteiligten Publikums diesem wegen der unrichtigen Angabe günstiger zu sein scheint, als es bei Berücksichtigung der Unrichtigkeit der Angabe in Wirklichkeit ist (vgl. das Urt. des erkennenden Senats vom 31. Mai 07, II 34/07). Von diesen Gesichtspunkten aus erscheint aber die angefochtene Begründung des Berufungsurteils als rechtlich zutreffend . . ."

81. Unlauterer Wettbewerb im Zigarettenhandel (UnlWG. § 1; ZPO. § 549). Urt. vom 1. Nov. 07, II 181/07.

„. . . Dagegen erscheinen die wegen der teilweisen Zusprechung der Widerklage erhobenen Revisionsbeschwerden als unbegründet. Das Berufungsgericht hat nämlich auf Grund des UnlWG. § 1 die Klägerin zur Unterlassung des Hinweises auf gewerbliche Auszeichnungen insoweit für verpflichtet erachtet, als sie ihre eigenen Zigaretten, die sie in H., wenn auch mit prämiiertem Tabak herstellen lasse, mit Auszeichnungen versehe, die nicht ihr, sondern der Türkischen Tabakregie verliehen seien. Dies hat das Berufungsgericht damit begründet, daß Klägerin mit dem erwähnten Hinweise die tatsächliche Angabe mache, daß die fraglichen Auszeichnungen ihr erteilt seien, während dies nach ihrem eigenen Zugeständnis nicht der Fall sei.

Die Revisionsklägerin hat hauptsächlich hiergegen geltend gemacht, die Anbringung der fraglichen Auszeichnungen enthalte lediglich die Angabe, daß sie dem von der Türkischen Tabakregie herrührenden Tabak verliehen sei, mit dem die mit der Auszeichnung versehenen Zigaretten hergestellt seien, und in diesem Sinn sei die Angabe richtig. Doch muß dieser Angriff an der sich aus den vorhergehenden Ausführungen des Berufungsgerichts ergebenden tatsächlichen Annahme desselben scheitern, nach der Auffassung des Zigaretten verbrauchenden Publikums habe die Anbringung der fraglichen Auszeichnungen auf den Zigaretten die Bedeutung, daß die Auszeichnungen dem Fabrikanten der Zigaretten, also der Klägerin, verliehen seien, und in diesem Sinne sei die Angabe unwahr. Da nach feststehender Rechtsprechung die von den Berufungsgerichten über die tatsächliche Auffassung des beteiligten Publikums getroffenen tatsächlichen Feststellungen für das Revisionsgericht bindend sind, so kann die erwähnte, der bezüglichen tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts widersprechende Behauptung der Revisionsklägerin keinen Erfolg haben . . ."

82. Verwechselungsgefahr bei Warenzeichen (WarenZG. § 20). Urt. vom 15. Okt. 07, II 149/07.

„Die Revision ist zulässig und muß auch Erfolg haben. Insoweit die Entscheidung auf den Brief der Beklagten vom 24. Mai 1905 sich bezieht, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß das Warenzeichen der Klägerin nur in der eingetragenen Gestalt eines aus einem fünfzackigen Stern und Umschrift zusammengesetzten sog. Kombinationszeichens Schutz genieße, daß jedoch die Klägerin in ihren Preislisten, Bestellungsformularen u. dgl. meistenteils nicht dieses geschützte Kombinationszeichen, sondern nur einen einzelnen Bestandteil desselben, den fünfzackigen Stern mit dem Worte ‚Sternmarke' benutze. Es hat dann ausgeführt, das von der Beklagten in dem gedachten Briefe benutzte Zeichen, das aus einem links und rechts neben dem Worte

‚Thomasschlackenmehl‘ befindlichen Kreuz, vierzackigen Stern, bestehe, könne weder mit dem für die Klägerin geschützten, noch mit dem von ihr benutzten Zeichen in Gestalt eines fünfzackigen Sterns mit dem Worte Sternmarke verwechselt werden. Denn es handele sich um ganz verschiedenartige Figuren, die, möge man sie nebeneinander liegend betrachten, oder aus dem Gedächtnis miteinander vergleichen, einen ganz verschiedenartigen Eindruck erweckten und eine verschiedene Gesamterscheinung bewirken, es sei denn, daß jede Achtsamkeit unterlassen werde. Kein Abnehmer der Parteien könne durch die Figur der Beklagten getäuscht werden, wenn er die Figur der Klägerin suche und nur einigermaßen aufmerksam sei, möge er auch weniger gebildet und erfahren sein. Diese Erwägungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen und unterliegen in tatsächlicher Hinsicht nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts. Indem das Berufungsgericht den Gesamteindruck beider Zeichen der Vergleichung zugrunde legt und sich auf den Standpunkt des Abnehmers, somit der Verkehrsauffassung, stellt, geht es von richtigen Rechtsgrundsätzen aus. Im Zusammenhang mit der Erwägung, daß eine Verwechselungsgefahr ausgeschlossen sei, dafern nicht jede Achtsamkeit unterlassen werde, ist auch die weitere Erwägung, daß kein selbst weniger gebildeter und erfahrener Abnehmer durch die Figur der Beklagten getäuscht werde, wenn er nur einigermaßen aufmerksam sei, keineswegs zu beanstanden. Der in dieser Beziehung erhobene Angriff kann somit keinen Erfolg haben.

Dagegen geben diejenigen Ausführungen des Berufungsgerichts zu rechtlichen Bedenken Anlaß, wodurch die Gefahr einer Verwechselung auch der von den Parteien auf ihren Säcken benutzten Zeichen verneint ist. Bei Prüfung der Verwechselungsgefahr ist das Berufungsgericht von einer genaueren Betrachtung beider Zeichen ausgegangen und es hat hierbei die Anordnung der Umschriften und deren Inhalt von vornherein bei der Vergleichung ausgeschieden und sich im wesentlichen auf eine Vergleichung des hauptsächlichsten Bestandteils beider Zeichen, nämlich des fünfzackigen Sterns mit dem Worte Sternmarke in dem klägerischen Warenzeichen und des vierzackigen Sterns mit den vier Punkten in dem Warenzeichen der Beklagten beschränkt.

Nun kann zwar nach der feststehenden Rechtsprechung des erkennenden Senats ein einzelner Bestandteil eines Warenzeichens aus diesem oder jenem Grunde so vorherrschen und eine so hervorragende Bedeutung haben, daß dadurch der Gesamteindruck des Warenzeichens bestimmt wird. Dies darf jedoch, da nur das Gesamtbild das Entscheidende ist, nicht dazu führen, von vornherein bei der Vergleichung zweier Zeichen die Kennzeichnung in Haupt- und Nebenbestandteile zu zerlegen; vielmehr können auch diejenigen Teile eines Warenzeichens, welche an und für sich und bei genauer Betrachtung als nebensächlich erscheinen, durch die Art ihrer Anordnung, Umschrift u. dgl. im Zusammenhalt mit dem übrigen Inhalte des Zeichens dazu beitragen, den Gesamteindruck zu bestimmen und damit die Gefahr einer Verwechselung zu begründen oder zu erhöhen. Nicht ohne alle Bedeutung für den Gesamteindruck ist übrigens auch der Einfluß, der durch die bestimmungsmäßige und verkehrsübliche Art der Verwendung eines Zeichens ausgeübt wird. Grundsätzlich hat zwar das Berufungsgericht darin recht, daß das Warenzeichen nur in der eingetragenen Erscheinung Schutz genießt und daß der Zeicheninhaber für eine deutliche Anbringung des Zeichens Sorge tragen muß. Der Grundsatz muß auch mit einer gewissen Strenge angewandt werden, um die Grenze des Zeichenschutzes nicht zu verwischen. Allein seine Anwendung darf nicht starr und ohne jede Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Warenzeichen und die Umstände des Falles bis zur äußersten Konsequenz durchgeführt werden. Das Warenzeichen hat die Bestimmung, den Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs zu dienen und diese seine Zweckbestimmung bedingt, daß bei der Prüfung einer Verwechselungsgefahr der Eindruck, wie es sich bei bestimmungsmäßiger und verkehrsüblicher Art seines Gebrauchs darstellt, nicht ganz außer Betracht bleiben darf. Nun wird aber bei Waren, welche, wie Mehl u. dgl.,

in Säcken verpackt werden, das Warenzeichen nach den Gepflogenheiten des Verkehrs auf den Säcken selbst angebracht und es ist naturgemäß, daß dadurch je nach Beschaffenheit der Ware der Eindruck des Zeichens im Verkehre beeinflußt wird. Das Berufungsgericht geht nun zu weit, wenn es diesem in der Natur der Sache liegenden Einfluß des Gebrauchs auf den Gesamteindruck eines Zeichens alle und jede Bedeutung für die Frage der Verwechselungsgefahr abspricht.

Da hiernach das Berufungsgericht bei Anwendung des § 20 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen von unrichtigen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist, so war das angefochtene Urteil aufzuheben und die noch nicht spruchreife Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

83. Verletzung eines Eisenbahnreisenden durch Herabfallen eines Gegenstandes aus dem Gepäcknetz (HaftpflG. § 1). Urt. vom 28. Nov. 07, VI 65/07.

„. . . Nach der bedenkenfreien Feststellung des angefochtenen Urteils ist der Klägerin eine Schachtel auf den Kopf gefallen, die von einem Dritten in das über dem Sitze der Klägerin befindliche Gepäcknetz gelegt war. Es wird unentschieden gelassen, ob die Schachtel zunächst ordnungsmäßig hingelegt gewesen ist oder gleich anfangs eine ordnungswidrige Lage gehabt hat, aber angenommen, daß in einem wie dem anderen Falle die mit der Fahrtbewegung des Zuges verbundene Erschütterung der auf dem Netze liegenden Gegenstände es verursacht hat, daß die Schachtel hinuntergefallen ist. Die Revision hat bestritten, daß infolge der gewöhnlichen Bewegung des fahrenden Wagens ein ordnungsmäßig gelagertes Gepäckstück aus dem Netze fallen könne. Allein wenn das Berufungsgericht das Gegenteil als möglich hinstellt, so ist das eine tatsächliche Erwägung, die weder rechtsirrig ist, noch mit allgemeinen Erfahrungstatsachen in Widerspruch tritt. Hat aber das Rütteln des fahrenden Wagens das Hinunterfallen der Schachtel verursacht, so ist die Verletzung der Klägerin bei dem Betriebe der Eisenbahn erfolgt. Daß ein gleicher Unfall auch bei anderen Betrieben vorkommen kann und darum nicht dem Eisenbahnbetriebe eigentümlich ist, steht der Klage nicht entgegen, weil das Gesetz die Haftung des Unternehmers nicht auf Unfälle der letzteren Art beschränkt. Von höherer Gewalt als Ursache des Unfalles kann ebenfalls nicht die Rede sein, wenn dieser in unmittelbarem Zusammenhange steht mit den regelmäßigen Betriebsvorgängen und Betriebseinrichtungen. Die entgegenstehenden Ausführungen der Revision fußen auch allein auf der unbewiesenen Unterstellung, daß die Schachtel lediglich aus dem Grunde hinuntergefallen sei, weil sie von Anfang an ungehörig hingelegt, also allein durch das Verschulden des Dritten zum Fallen gebracht sei . . ."

84. Festsetzung eines bestimmten Lebensalters als Grenze der normalen Erwerbsfähigkeit bei Vorabentscheidung über den Grund eines Rentenanspruchs aus dem Haftpflichtgesetz (HaftpflG. § 3a; ZPO. § 304). Urt. vom 17. Okt. 07, VI 182/07.

Kläger klagt gegen eine Straßenbahngesellschaft aus dem Haftpflichtgesetz auf Gewährung einer Rente.

Aus den Gründen:

„. . . Das Berufungsgericht hat die Entscheidung der ersten Instanz, daß der Klaganspruch dem Grunde nach gerechtfertigt sei, mit der Maßgabe aufrecht erhalten, daß der Rentenanspruch des Klägers auf dessen 70. Lebensjahr beschränkt werde. Die Revision beanstandet das, weil der erkennende Senat in einer Anzahl von Fällen das 65. Lebensjahr als Grenze der normalen Erwerbsfähigkeit behandelt habe. Dieses Bedenken ist unzutreffend. Das Berufungsgericht hat nur ausgesprochen, daß der Kläger über das vollendete 70. Lebensjahr hinaus auch ohne den Unfall nicht mehr erwerbsfähig gewesen

sein würde, daß also für diese spätere Zeit sein Anspruch dem Grunde nach abzuweisen sei. Die Frage aber, inwieweit der Kläger in der voraufgehenden Zeit eine Minderung seiner Erwerbsfähigkeit erlitten habe, ist dem Verfahren über den Betrag vorbehalten . . ."

85. **Anfechtung von Rechtshandlungen, die innerhalb der zehntägigen Frist vor dem Antrag auf Konkurseröffnung vorgenommen worden sind** (KO. § 30 Ziff. 2). Urt. vom 11. Okt. 07, VII 50/07.

„. . . Die angefochtenen Rechtshandlungen sind, wie ebenfalls unbestritten feststeht, innerhalb zehntägiger Frist vor diesem Eröffnungsantrage vorgenommen worden. Bei solcher Sachlage kommt es, wie das Gesetz (KO. § 30 Ziff. 2) klar ergibt, auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung und auf die Kenntnis des Beklagten von der Zahlungseinstellung nicht an. Auch wenn die Zahlungseinstellung tatsächlich erst nach den angefochtenen Rechtshandlungen oder sogar erst nach dem Eröffnungsantrag eingetreten sein sollte, so daß der Beklagte naturgemäß von ihr zur Zeit jener Rechtshandlungen Kenntnis nicht gehabt haben konnte, ist dennoch die Anfechtung begründet, sofern der Beklagte nicht beweist, daß ihm zur angegebenen Zeit eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war . . ."

86. **Streitwert des Anspruchs des Agenten auf Erteilung eines Buchauszuges; Rechtskraft der Entscheidung über den Umfang der provisionspflichtigen Geschäfte** (ZPO. §§ 3, 322). Urt. vom 8. Nov. 07, III 119/07.

„. . . Die Durchführung eines solchen Anspruchs" (eines Agenten auf Erteilung eines Buchauszuges) „hat im Verhältnisse zu demjenigen auf Gewährung der Provision selbst von den gemäß HGB. § 91 provisionspflichtigen Geschäften nur vorbereitenden Charakter. Der Wert des Streitgegenstandes bei einem solchen deckt sich daher nicht mit dem des Anspruchs auf die Provision selbst, ist vielmehr erheblich geringer zu bemessen, und zwar ist hierfür lediglich die Bestimmung ZPO. § 3 maßgebend. Dabei kommt namentlich auch in Betracht, daß die Entscheidung über den Umfang der provisionspflichtigen Geschäfte, wie sie der Beurteilung des vorbereitenden Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszuges zugrunde liegt, nach ZPO. § 322 Abs. 1 keine Rechtskraft erzeugt für die in dem späteren Rechtsstreite über den Anspruch auf die Provision selbst zu entscheidende nämliche Frage . . ."

87. **Notwendige Streitgenossenschaft der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft** (ZPO. § 62; HGB. § 128). Urt. vom 23. Okt. 07, I 401/06.

„Mit Unrecht greift die Revision die Auffassung des Oberlandesgerichts an, daß zwischen S . . . und Sch . . . eine notwendige Streitgenossenschaft bestehe. Die Beklagten sind in ihrer Eigenschaft als Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft Darm-Import-Kompanie S . . . & Sch . . . in Cöln von der Klägerin auf Grund des HGB. § 128 in Anspruch genommen. Das streitige Rechtsverhältnis kann ihnen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, da sie ihre Verteidigung ausschließlich dem zwischen der Klägerin und der offenen Handelsgesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse entnehmen (vgl. Entsch. des RG. 64, 77 ff.; JW. 01, 226 Nr. 3; 02, 443 Nr. 2; 03, 21 Nr. 2)."

88. **Revision gegen den Nebenintervenienten** (ZPO. §§ 66 ff., 554a). Urt. vom 23. Okt. 07, I 560/06.

„Bei der gemäß ZPO. § 554a von Amts wegen gebotenen Prüfung hat sich ergeben, daß die Revision des Beklagten nicht statthaft ist, weil sie gegen eine von dem Prozeßgegner desselben verschiedene Partei eingelegt worden ist. Aus dem Schriftsatz, welchen die Revisionseinlegung enthält, ist zu entnehmen, daß die Revision lediglich gegenüber dem Nebenintervenienten eingelegt werden

sollte, welcher den Rechtsstreit in der Berufungsinstanz allein geführt hat. Denn der Nebenintervenient allein wird in diesem Schriftsatz als Revisionsbeklagter bezeichnet, und die Erklärung des Revisionsklägers, welche dieser auf Befragen des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung abgab, bringt es zur vollen Gewißheit, daß die Revision nur dem Nebenintervenienten gegenüber eingelegt werden wollte und tatsächlich auch nur ihm gegenüber eingelegt worden ist. Dies ist aber nach dem Gesetze nicht zulässig. Wie in dem in RGZ. 34, 389 ff. veröffentlichten Urt. vom 6. Dez. 94 des näheren dargelegt ist, bleibt auch in dem Fall, wenn in der Berufungsinstanz der Nebenintervenient den Streit allein geführt hat, der eigentliche Prozeßgegner die Partei, hier der Kläger, welchem der Nebenintervenient zur Unterstützung beitrat. Der Partei gegenüber mußte die Revision eingelegt werden, und es stand nicht in der Hand des Beklagten, die Revision mit Wirkung gegen den Kläger dadurch einzulegen, daß er sie dem Nebenintervenienten gegenüber einlegte, welchen er als Revisionsbeklagten bezeichnet hat."

89. Verpfändung einer Eigentümergrundschuld; Annahme durch den Prozeßbevollmächtigten (ZPO. § 81; BGB. §§ 146 ff.). Urt. vom 9. Nov. 07, V 106/07.

„. . . Dagegen ist die Revision in anderen Richtungen begründet. Es ist von der einwandfreien, heute von der Revisionsgegnerin vergeblich bekämpften, Urkundenauslegung beider Vorderrichter auszugehen, wonach in der schriftlichen Erklärung des P. vom 4. Februar 1904 nebst Übergabe des Hypothekenbriefs eine gültige Verpfändung der Eigentümergrundschuld des Genannten zu finden ist. Mit Unrecht verneint das Oberlandesgericht schon jetzt die rechtzeitige Annahme dieser Verpfändung durch die Klägerin und das Ausreichen der von ihr angeblich dem Rechtsanwalt M. erteilten Vollmacht. Hatte dieser von der Klägerin Prozeßvollmacht, sei es nach dem vorliegenden Formular oder sei es nur formlos (vgl. RGZ. 49, 346; JW. 00, 520/4; 06, 757/30) in Händen, so war er auch befugt, namens der Klägerin die Verpfändung anzunehmen. Denn diese Annahme kann, wenn sie mit Stundung der vollstreckbaren Forderung verbunden war, als Vergleich, ohne solche Stundung als eine die Zwangsvollstreckung ersetzende, der Klägerin vorteilhafte Handlung angesehen werden (ZPO. § 81).

Eine Annahme der Verpfändung wäre aber dann gegeben, wenn, was zurzeit noch nicht feststeht, entweder P. die Verpfändungsurkunde nebst Hypothekenbrief selbst dem Rechtsanwalt M. überbracht und dieser beide Urkunden widerspruchslos entgegengenommen hätte, oder, wenn im Verteilungstermin vom 14. Dezember 1904 P. anwesend gewesen wäre und gegen die Verpfändungsannahme des (Bevollmächtigten) M. wegen ihrer Verspätung (BGB. §§ 146 ff.) Widerspruch nicht erhoben hätte. Daß insbesondere in der durch M. vorgenommenen Anmeldung der Pfandrechte der Klägerin zum Zwangsversteigerungsverfahren eine Verpfändungsannahme enthalten ist, bedarf weiterer Ausführung nicht . . ."

90. Zuständigkeit für die Entscheidung über die Nachzahlungspflicht der armen Prozeßpartei (ZPO. § 125). Beschl. vom 12. Nov. 07 VII B 116/07.

„. . . Das Reichsgericht hat bereits in dem Beschl. vom 5. Febr. 85 (RGZ. 12, 416) ausgesprochen, daß nach Beendigung des Prozesses lediglich das Gericht erster Instanz über die Verpflichtung einer zum Armenrecht zugelassenen Partei zur Nachzahlung der gestundeten Beträge gemäß ZPO. § 125 (damals § 116) zu beschließen habe. Dieser Meinung haben sich, soweit ersichtlich, alle Kommentatoren der ZPO., neuerdings auch Skonietzki-Gelpcke, angeschlossen. Auch Gaupp-Stein hat in der neuesten (8. und 9.) Auflage seiner ZPO. seinen früheren, abweichenden Standpunkt aufgegeben und sich dem Reichsgericht angeschlossen. Nur Hellmann (Lehrbuch des Zivilprozeßrechts S. 222), Schott (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß in zwanglosen Heften 1900

Bd. 4 Heft 3 S. 158, 159) und Begemann (Zeitschrift für Zivilprozeß 31, 491) halten ihre abweichenden, zum Teil untereinander verschiedenen Auffassungen fest. Auch nach nochmaliger Prüfung muß das Reichsgericht an der im vorgenannten Beschlusse aufgestellten Ansicht festhalten, da die dort angegebenen Gründe ihre Bedeutung behalten haben. Diese Gründe gehen dahin, daß die nach § 125 zu treffende Entscheidung wenigstens nach Beendigung des Rechtsstreits nur einheitlich angeordnet werden könne und daß die Zuständigkeit hierfür in Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift der ZPO. dem Gericht erster Instanz zugeschrieben werden müsse, zumal dieses Gericht am besten geeignet sei, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen, auch der Beschwerdeweg gegen eine solche Anordnung oder deren Versagung nicht ohne genügenden Anlaß abgeschnitten oder beschränkt werden dürfe."

91. **Rücknahme der Revision schließt Kostenurteil gemäß ZPO. § 271 aus** (ZPO. § 271). Urt. vom 24. Okt. 07, VI 111/07.

Kläger zog in der Revisionsinstanz die Klage, danach der Beklagte „gemäß dem unter den Parteien abgeschlossenen Vergleich" die Revision zurück. Hinterher lud der Beklagte den Kläger und beantragte gegen ihn Kostenurteil gemäß ZPO. § 271.

Aus den Gründen:

„... Dem Antrag des Beklagten und Revisionsklägers konnte keine Folge gegeben werden. Auch wenn davon auszugehen ist, daß die Zurücknahme der Klage mit Einwilligung des Beklagten noch in den höheren Instanzen rechtsgültigerweise erfolgen kann (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. § 271 II 1, 8./9. Aufl., S. 623; Seuffert, ZPO. § 271 Nr. 2; Petersen-Remelé, ZPO. § 271 B. 2 und Note 12; JW. 05, 536 Nr. 24) und wenn ferner angenommen wird, daß im vorliegenden Falle der Beklagte seine Einwilligung in die Klagezurücknahme durch seine prozessualen Erklärungen und Anträge in genügender Weise bekundet hat, so ist gleichwohl bei der hier bestehenden Sachlage dem Revisionskläger die Berechtigung zu einem Antrage nach ZPO. § 271 Abs. 3 Satz 2 abzusprechen. Ob nicht diesem Antrage schon die von dem Revisionskläger selbst vorgebrachte Tatsache, daß die Klagezurücknahme zufolge und in Erfüllung eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleiches erfolgt ist und danach die Vorschrift der ZPO. § 88 im Wege stände, kann dahingestellt bleiben — nur mag bemerkt werden, daß der vom Revisionskläger behauptete Inhalt dieses Vergleichs bezüglich der Kosten im Hinblick auf ZPO. § 335 Abs. 1 Nr. 3 nicht berücksichtigt werden könnte. — Jedenfalls ist zufolge der von dem Revisionskläger erklärten Zurücknahme der Revision ein Antrag bzw. ein Urteil im Kostenpunkte nach der ZPO. § 271 Abs. 3 für ausgeschlossen zu erachten. Diese Zurücknahme der Revision ist gemäß der ZPO. § 566 in Verb. mit § 515 rechtswirksam erfolgt und sie ist nicht, wie der Revisionskläger glaubt, wegen der vorangegangenen Klagezurücknahme gegenstandslos. Zwar hat nach der ZPO. § 271 Abs. 3 die Zurücknahme der Klage zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Allein wenn damit die Rechtshängigkeit zur Hauptsache beseitigt ist, so hätte doch noch für die Entscheidung im Kostenpunkte gemäß jener Gesetzesvorschrift ein Verfahren anhängig sein können. Auf eine solche Entscheidung jedoch hat der Beklagte durch die Zurücknahme der Revision dem Gegner wie dem Gericht gegenüber Verzicht geleistet. Sie kann unter den obwaltenden Umständen nichts anderes bedeuten, als die unbedingte und bindende Erklärung des Revisionsklägers, auf jede Entscheidung des Revisionsgerichts, also auch eine solche über die Kosten, zu verzichten. Damit ist die Sache für die gegenwärtige Instanz endgültig erledigt. Es hätte nur allenfalls noch ein Antrag des Revisionsbeklagten nach der ZPO. § 566 in Verb. mit § 515 und Abs. 3 ein dementsprechendes Urteil in Frage kommen können. Aber dieser Fall liegt hier nicht vor, und für irgend eine anderweite Entscheidung des Revisionsgerichts ist jetzt kein Raum mehr.

92. Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses (ZPO. §§ 288, 290, 298, 532). Urt. vom 18. Nov. 07, IV 469/07.

„... Mit Recht wird von der Revision darauf hingewiesen, daß die Wirksamkeit eines Geständnisses, das vor dem zur Entscheidung berufenen Gerichtshofe abgegeben wird, gemäß ZPO. §§ 288, 290, 532 weder davon abhängig ist, daß der Gerichtshof in derselben Zusammensetzung das Urteil erläßt, noch auch davon, daß sein Inhalt zu Protokoll festgestellt wird oder daß auf Antrag eine Feststellung in der Form des § 298 Abs. 2 stattfindet.

Der Berufungsrichter hat § 290 durch die von ihm für richtig gehaltene Einschränkung auf solche Geständnisse, die den bezeichneten Erfordernissen entsprechen, zu eng ausgelegt ..."

93. Gerichtskundigkeit (ZPO. § 291). Urt. vom 22. Nov. 07, VII 521/06.

„Das angefochtene Urteil beruht auf der Feststellung, daß die erwiesenen Drohungen der Klägerin die Beklagte nicht zum Abschluß des Vergleichs bestimmt haben und daß die Parteien den Vergleich auch geschlossen haben würden ohne das wegen Unsittlichkeit nichtige Versprechen der Klägerin in § 4 ihrer Vergleichsofferte Blatt 104 der Akten. Beide Feststellungen beruhen auf einer eingehenden Würdigung des Parteivorbringens und der Beweisaufnahme, sie sind ausreichend begründet und lassen einen Verstoß gegen die als verletzt bezeichneten Prozeßvorschriften nicht erkennen. Zunächst ist der Begriff der Gerichtskundigkeit keineswegs verkannt. Der Berufungsrichter konnte ohne Rechtsirrtum das als gerichtsbekannt bezeichnen, was ihm seiner Überzeugung nach aus bei ihm verhandelten Prozessen bekannt geworden war, daß nämlich die Beklagte ihre Kunden in umfangreicher Weise betrogen habe. Wenn er hieraus beim Mangel für das Gegenteil sprechender Umstände nach allgemeinen Erfahrungssätzen die Folgerung zieht, daß Beklagte auch die Klägerin in der bei ihr üblichen Weise betrogen habe, so liegt hierin weder die unzulässige Aufstellung einer praes. doli, noch eine unzureichende Begründung seiner Annahme ..."

94. Die Revision gegen das Teilurteil erfaßt auch die Kostenentscheidung des Endurteils (ZPO. §§ 301, 308, 557, 545). Urt. vom 5. Nov. 07, III 135/07.

„Die Klage ist gerichtet auf Zahlung von 34550 ℳ. Das Gericht erster Instanz hat den Beklagten zur Zahlung von 23300 ℳ verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Beide Teile haben Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil vom 30. Jan. 07 die Klage betreffs 33750 ℳ abgewiesen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen, sowie durch Endurteil vom 6. Febr. 07 den Beklagten zur Zahlung von 800 ℳ an den Zessionar des Klägers verurteilt und die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme eines Betrages von 60 ℳ, die Beklagter zu den gerichtlichen Kosten beizutragen hat, dem Kläger auferlegt. Beklagter erachtet, da Kläger lediglich gegen das Teilurteil vom 30. Jan. 07 Revision eingelegt hat, den Revisionsantrag, soweit er sich gegen die Kostenentscheidung des Endurteils richtet, für unzulässig, weil Kläger auch gegen diese Kostenentscheidung Revision habe einlegen müssen. Indessen ist dies nicht richtig. Denn die Entscheidung des Endurteils im Kostenpunkte gilt in einem Falle wie dem vorliegenden als eine Vervollständigung des Teilurteils, ist mit demselben als ein einheitliches Ganzes anzusehen und wird deshalb von der gegen das Teilurteil in zulässiger Weise eingelegten Revision mit erfaßt (Entsch. des RG. in der JW. 88 S. 11 Ziff. 11 und S. 303 Ziff. 2; 90 S. 274 Ziff. 2; 93 S. 444 Ziff. 2; 96 S. 356 Ziff. 7). Einer weiteren besonderen Revisionseinlegung gegen die Entscheidung des Endurteils im Kostenpunkte bedarf es daher um so weniger, als das Gericht über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, auch ohne Antrag zu erkennen hat (ZPO. § 308 Abs. 2, § 557)."

95. Berechnung der Revisionssumme, wenn das Urteil (Teilurteil) zugleich ein Zwischenurteil gemäß ZPO. § 303 enthält (ZPO. §§ 546, 303, 304). Urt. vom 15. Nov. 07, II 234/07.

„Die Klägerin hat der Beklagten auf Bestellung mehrere Maschinen zur Herstellung von Marzipan geliefert und mit der Klage den Preis hierfür laut Rechnung vom 18. Oktober 1905 in Höhe von 4755,75 ℳ nebst 5% Zinsen seit 11. November 1904 gefordert. Die Beklagte hatte von den in der Rechnung aufgeführten Gegenständen den Marzipan-Walzenstuhl und die Kettenwinde mit Kette und Rolle als unbrauchbar zur Verfügung gestellt und brachte deswegen die hierfür angesetzten Preise von 1440 ℳ und 161,30 ℳ in Abzug. Ferner zog sie von dem Preise der Riemenscheibe und Treibriemen wegen Minderwerts einen Betrag von 51,75 ℳ und von dem des Abröstkessels einen Betrag von 12 ℳ ab. Der Abzug betrug im ganzen 1665,05 ℳ. Gegenüber dem zugestandenen Reste, den sie auf 3070,30 ℳ berechnete, machte sie eine Schadensersatzforderung geltend, und zwar 1. von 445 ℳ wegen anderweiter Beschaffung der der Klägerin zur Verfügung gestellten Gegenstände nebst den Kosten eines über deren Beschaffenheit herangezogenen Sachverständigengutachtens und 2. von 5000 ℳ wegen der durch die mangelhafte Lieferung entstandenen Störung ihres Fabrikbetriebes. Diese Gegenforderung machte sie aufrechnungsweise und den überschießenden Betrag von 2374,20 ℳ im Wege der Widerklage geltend. Klägerin hat die Mangelhaftigkeit ihrer Lieferung und den Betriebsschaden der Beklagten bestritten . . ."

„Das Oberlandesgericht zu H. hat durch Urteil vom 16. März 07, und zwar

1. durch Teilurteil die Berufung der Klägerin bezüglich der Beträge von 1440, 161,30, 370 und 33,30 ℳ, zusammen 2004,60 ℳ nebst Zinsen hiervon unter Abweisung der Klage für diese Beträge als unbegründet zurückgewiesen und auch die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen,

2. durch Zwischenurteil festgestellt,

a) daß der Anspruch der Beklagten auf Preisminderung wegen des ihr von der Klägerin gelieferten Balata-Riemens,

b) der Anspruch der Beklagten auf Ersatz des Schadens, der ihr durch die mangelhafte Beschaffenheit des von der Klägerin gelieferten Walzenstuhls mit Walzen in ihrem Fabrikbetriebe erwachsen ist, dem Grunde nach gerechtfertigt sind.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt. Sie hat beantragt, es insoweit, als es zu ihrem Nachteile gereicht, aufzuheben und auf ihre Berufung nach dem Klageantrage zu erkennen und die Widerklage abzuweisen. Die Revisionsbeklagte hat die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

„Die Revision konnte wegen Mangels des nach ZPO. § 546 bei vermögensrechtlichen Ansprüchen für die Zulässigkeit der Revision erforderlichen Werts des Beschwerdegegenstandes von mehr als 2500 ℳ nicht für zulässig erachtet werden. Offenbar erreicht das Teilurteil, wodurch die Klage bloß für einen Betrag von 2004,60 ℳ abgewiesen worden, für sich allein betrachtet, den gesetzlich vorgeschriebenen Wert des Beschwerdegegenstandes nicht. Es kann sich daher nur fragen, ob die Revision gegen das Zwischenurteil statthaft, und im Bejahungsfalle, ob eine Zusammenrechnung der Werte des Teilurteils und des Zwischenurteils stattzufinden hat. Das Zwischenurteil unter a sowohl als auch das unter b ist von dem Berufungsgericht ausdrücklich als ein Zwischenurteil i. S. ZPO. § 303 bezeichnet, und zwar das unter b mittels besonderer Unterstreichung der ZPO. § 303, offenbar zu dem Zwecke, um die Absicht des Berufungsgerichts, ein Zwischenurteil i. S. § 303 und nicht ein solches gemäß ZPO. § 304 zu erlassen, um so klarer hervortreten zu lassen. Daß das Zwischenurteil unter a, das nur über eine Kompensationseinrede entscheidet, nur als ein Zwischenurteil i. S. § 303 a. a. O. anzusehen ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen und wird auch von der

Revisionsklägerin nicht in Zweifel gezogen. Aber auch das Zwischenurteil unter b ist mit Recht als ein Zwischenurteil gemäß ZPO. § 303 erlassen worden. Denn zur Zeit seines Erlasses stand der Betrag der im Wege der Aufrechnung und nur bezüglich des Überschusses im Wege der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzforderung der Beklagten noch in keiner Weise fest. Solange aber noch ungewiß war, ob die Höhe der Schadensersatzforderung den noch unentschieden gebliebenen Restbetrag der Klage überstieg, konnte der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auch nicht seinem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden. Lag hiernach nur ein der Revision nicht zugängliches Zwischenurteil i. S. ZPO. § 303 vor, so hat der hierdurch berührte Wert des Beschwerdegegenstandes bei der Prüfung, ob die für die Zulässigkeit der Revision erforderliche Revisionssumme vorhanden ist, außer Betracht zu bleiben. Bei dieser Sachlage bedarf es einer Entscheidung der Frage nicht, ob eine Zusammenrechnung der Werte des Teilurteils und des Zwischenurteils unter b zulässig wäre, wenn dieses als ein Zwischenurteil i. S. ZPO. § 304 sich darstellte. Hiernach war die Revision als unzulässig mit Kostenfolge gemäß ZPO. § 97 zu verwerfen."

96. Fassung des Urteils, falls ein teilweises Anerkenntnis, aber kein Antrag auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils vorliegt (ZPO. § 307). Urt. vom 7. Nov. 07, VI 253/06.

Der Tenor des Revisionsurteils lautet: „Die von der Klägerin gegen das Urteil . . . eingelegte Revision wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Antrag der Klägerin, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr vom Tode ihres Mannes an eine Rente von 60 ℳ monatlich zu zahlen, nur insoweit abgewiesen wird, als er sich nicht durch die Erklärung der Beklagten erledigt hat, daß sie ihre Verpflichtung, der Klägerin nach dem Tode ihres Mannes 30 ℳ als monatlichen Unterhaltsbeitrag weiter zahlen zu müssen, anerkenne."

Aus den Gründen:

„. . . Danach ist in der erwähnten Erklärung der Beklagten ein Anerkenntnis i. S. von ZPO. § 307, beschränkt auf den Betrag von monatlich 30 ℳ, zu finden, durch das die Klägerin berechtigt wurde, die Verurteilung der Beklagten nach Maßgabe ihres Anerkenntnisses zu verlangen. Hierzu hätte es jedoch, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts immer angenommen worden ist, eines besonderen Antrags der Klägerin auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils bedurft, und ein solcher ist nicht gestellt worden. Es ist also nicht zu beanstanden, daß die Vorinstanz auch insoweit eine Verurteilung der Beklagten nicht ausgesprochen hat. Der Form nach aber entspricht es nicht der Sachlage, wenn die Vorinstanz die Klage in vollem Umfange, also auch bezüglich des in Frage stehenden Feststellungsantrags, abgewiesen hat, der Anspruch war zufolge des Anerkenntnisses der Beklagten und weil die Klägerin einen Antrag i. S. von ZPO. § 307 nicht gestellt hatte, für die zu erteilende Entscheidung erledigt. Um jedes Mißverständnis darüber abzuschneiden, daß das Anerkenntnis der Beklagten durch die Entscheidung der Vorinstanz nicht beseitigt ist, erschien es angemessen, dies in dem Revisionsurteil noch besonders zum Ausdruck zu bringen."

97. Antritt des Zeugenbeweises ohne Angabe bestimmter Tatsachen (ZPO. § 373). Urt. vom 21. Okt. 07, IV 84/07.

„. . . Ohne Grund ist ferner die Rüge, daß der Redakteur in F. über den behaupteten vertrauten Verkehr zwischen ihm und der Klägerin als Zeuge hätte vernommen werden müssen. Der Berufungsrichter hat erwogen, daß ein solcher Verkehr in Ermangelung näherer Angaben des Beklagten nicht auffällig erscheine. Auch wenn es richtig sei, daß beide sich gegenseitig in der

Wohnung besucht hätten, so finde dies seine Erklärung darin, daß die Klägerin, die nach Angabe des Beklagten für Zeitungen tätig geworden sei, mit der Redaktion Verbindungen unterhalten habe. Auch die Ablehnung dieses Beweisantrags ist nicht zu beanstanden. Es ist Sache der Partei, welche die Vernehmung eines Zeugen beantragt, diejenigen Tatsachen bestimmt zu bezeichnen, welche von dem Zeugen bekundet werden sollen. Der Beweisantrag darf nicht zu dem Zwecke gestellt werden, um erst durch Vernehmung des Zeugen diejenigen Tatsachen in Erfahrung zu bringen, welche für die Scheidungsklage verwertet werden sollen ..."

98. Verspätete Benennung, Antrag auf wiederholte Vernehmung eines Zeugen (ZPO. § 374). Urt. vom 18. Okt. 07, VII 322/06.

„Die Revision rügt zu Unrecht, daß durch die Ablehnung des im letzten Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht gestellten Antrags auf Vernehmung von sechs Zeugen ZPO. § 374 verletzt sei. Zunächst ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß durch die Vernehmung dieser Zeugen die Erledigung des Rechtsstreites verzögert worden wäre und daß Beklagte die Zeugen aus grober Nachlässigkeit nicht früher benannt habe, zutreffend begründet und nach keiner Richtung zu beanstanden. Die Zeugen L. und B. waren aber auch zweifellos neue Zeugen, denn nach dem Tatbestand sowohl des landgerichtlichen wie des oberlandesgerichtlichen Urteils waren diese Zeugen in der mündlichen Verhandlung niemals benannt worden. Es lag aber auch keinerlei Veranlassung für das Gericht vor, etwa mit Rücksicht auf den Inhalt der Klagbeantwortung die Benennung dieser Zeugen in Anregung zu bringen, denn nach dem Tatbestand I. Instanz waren auf Antrag der Parteien die von diesen Zeugen in anderen Prozessen abgegebenen Aussagen zur Verlesung gebracht worden. Nun ist der Zeuge P. allerdings in I. Instanz als Zeuge benannt, er ist aber auch in dieser Instanz vernommen worden. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht mit seiner Vernehmung in der Instanz auch seine Benennung erledigt und deshalb die in II. Instanz nach Erlaß des Beweisbeschlusses erfolgte Benennung den Zeugen für diese Instanz als einen neuen i. S. des § 374 erscheinen läßt, denn jedenfalls handelte es sich nur um eine nochmalige Vernehmung desselben Zeugen zu demselben Beweisthema, die Anordnung einer solchen steht aber im Ermessen des Gerichts und auf eine solche Anordnung hatten die Beklagten um so weniger Anspruch, als sie in keiner Weise dargelegt hatten, daß und aus welchen Gründen die Annahme berechtigt sei, daß P. bei erneuter Vernehmung seine frühere Aussage wesentlich ergänzen oder ändern würde."

99. Befangenheit des Sachverständigen wegen Erstattung von Privatgutachten für eine Partei? (ZPO. §§ 406, 42). Beschl. vom 30. Nov. 07, V B 168/07.

„Dem Oberlandesgericht ist darin beizutreten, daß die Tatsache allein, daß der Sachverständige S. in dem Verfahren betreffend Erlaß einer einstweiligen Verfügung in der vorliegenden Streitsache auf Ersuchen der Kläger bereits ein Privatgutachten abgegeben hat, noch nicht ausreichend erscheint, den Verdacht der Befangenheit des Sachverständigen, d. h. ein Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Bei Prüfung des Vorwurfs der Befangenheit war der Richter auch nicht verhindert, die vertrauenswerte Persönlichkeit des Sachverständigen in Betracht zu ziehen. Daß das frühere Gutachten gegen Entgelt erstattet worden, ist seitens der Beklagten nicht behauptet und glaubhaft gemacht. Die von den Beklagten nachträglich und auch in der Beschwerde geltend gemachte Tatsache, daß der genannte Sachverständige schon früher Häuser der Kläger zu Beleihungszwecken abgeschätzt habe, vermag eine veränderte Beurteilung des Ablehnungsgesuches nicht herbeizuführen."

100. Antrag auf Beiziehung von polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten; Verwertung der darin enthaltenen Protokolle zum Urkundenbeweis (ZPO. § 432). Urt. vom 10. Okt. 07, VI. 501/06.

„. . . Es kann dahingestellt bleiben, ob der Angriff hinsichtlich der Ablehnung des Zeugenbeweises begründet ist, ob namentlich die Bezugnahme auf die Ermittlungsakten als eine Benennung der Zeugen i. S. ZPO. § 373 gelten könnte, ob auf einen solchen Fall die Vorschrift der ZPO. § 356 anwendbar ist, oder ob die letztere Bestimmung hier schon deshalb nicht Platz greifen würde, weil der Kläger eine Fristsetzung nicht beantragt hat. Berechtigt ist jedenfalls die Rüge wegen Nichtberücksichtigung des Antrages auf Beiziehung der Ermittelungsakten. Dieser Beweisantritt untersteht nach der Beschaffenheit der hier fraglichen Urkunden ohne Zweifel der Vorschrift des Abs. 1 (nicht der des Abs. 2) der ZPO. § 432. Der Kläger wollte, wie auch das Berufungsgericht es auffaßt, die von ihm bezeichneten Akten der Polizeibehörde bzw. der Staatsanwaltschaft, insbesondere die Protokolle über Vernehmung der Zeugen im Wege des Urkundenbeweises verwerten. Das war an sich unbedenklich zulässig; und zulässig war demgemäß, vorausgesetzt, daß die zu beweisenden Tatsachen hinreichend bestimmt angegeben waren, der Antrag auf Einholung der Akten. Unrichtig ist die Meinung des Berufungsgerichts, daß die fraglichen Zeugenaussagen ohne Zustimmung des Prozeßgegners im Prozesse als Beweismittel nicht verwertet merden dürften. Das Einverständnis der Gegenpartei wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn es sich darum gehandelt hätte, das in den Ermittelungsakten niedergelegte Beweisergebnis schlechthin statt Zeugenbeweises gelten zu lassen, oder wenn die Beklagte auf Abhörung der Zeugen zum Gegenbeweis gegenüber dem aus dem Urkundenbeweise herzuleitenden Ergebnisse hätte verzichten sollen (vgl. Urt. des RG. vom 28. April 05, GruchotsBeitr. 50, 125; Urt. des erkennenden Senats vom 7. Jan. 07, VI 184/06; siehe übrigens Gaupp-Stein, ZPO. § 286 III 4, 8/9. Aufl. S. 668). Ein Fall, in dem das Einverständnis der Parteien erforderlich gewesen wäre, stand hier noch gar nicht in Frage, wie denn auch eine Erklärung des Beklagten hierüber noch nicht erfolgt ist. Wenn der Kläger, wie es scheint, in erster Linie die Vernehmung der Zeugen im Prozesse hat beantragen wollen, so macht das den angetretenen Urkundenbeweis nicht unzulässig. Endlich würden auch unbeeidigte Aussagen der Zeugen des Strafverfahrens im Rechtsstreite nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung (ZPO. § 286) zum Urkundenbeweise benützt werden können, und das Berufungsgericht war nicht in der Lage, über den Beweiswert solcher Aussagen im Verhältnisse zu den Bekundungen anderer, im Prozesse vernommener Zeugen zum Voraus so, wie es im Berufungsurteil geschieht, abzuurteilen."

101. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung wegen mangelnder Bestimmtheit (ZPO. §§ 445, 451). Urt. vom 17. Okt. 07, VI 15/07.

Der Beklagte hatte dem Kläger den Eid darüber zugeschoben, daß dieser für alle Beträge, deren Gutschrift er jetzt fordere, durch den Bankier A. Zahlung erhalten habe.

Aus den Gründen:

„. . . Nach ZPO. §§ 445, 451 erfordert die Eideszuschiebung bestimmt zu bezeichnende Tatsachen, und es ist nicht zuzulassen, daß die beweisführende Partei ohne tatsächliche Unterlage das Beweismittel des Parteieides benützt, um sich erst Material zur Rechtsverfolgung oder Verteidigung zu verschaffen, den Gegner auszuforschen und die erheblichen Tatsachen zu erfahren . . ."

102. Beweislast hinsichtlich der Behauptung, daß Beklagter in eigenem Namen, nicht in fremdem, kontrahiert habe. Eidesleistung durch

die nicht beweispflichtige Partei (ZPO. § 447). Urt. vom 24. Okt. 07, VI 537/06.

„In Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die in den, in RGZ. 2, 195 ff.; 3, 122 ff. abgedruckten Urteilen niedergelegt sind, geht das Berufungsgericht davon aus, daß den Kläger die Beweislast dafür treffe, daß der Beklagte im eigenen Namen den Vertrag abgeschlossen hat. Der Beweis dieser Tatsache sei erbracht durch den Inhalt der Briefe des Beklagten. Demgegenüber sei es dessen Sache, den Gegenbeweis zu führen und Momente beizubringen, daß er in fremdem Namen gehandelt habe; die von ihm angeführten Umstände seien aber nicht geeignet, jenen vom Kläger erbrachten Beweis zu erschüttern. Diese Ausführungen sind durchaus zutreffend. Es ist Sache tatsächlicher Beurteilung, welche Beweiskraft das Gericht den vom Beklagten beim Gegenbeweis angeführten Umständen nach der Richtung beilegen will, ob aus ihnen der Kläger habe erkennen können, daß der Beklagte in fremdem Namen habe handeln wollen. Die Beweiskraft kann so stark sein, daß der vom Kläger geführte Beweis als mißlungen angesehen werden muß, wenn nicht seinerseits der Kläger wiederum Umstände dartut, die jene Beweiskraft abschwächen oder beseitigen. Von diesem Standpunkt aus hat das Berufungsgericht auch den von der Revision betonten Umstand beurteilt, daß dem Kläger bei den Vertragsverhandlungen bekannt war, daß nicht der Beklagte, sondern die verw. K. Eigentümerin des Rittergutes war. Es kann der Revision zugegeben werden, daß eine starke tatsächliche Vermutung dafür spricht, daß, wenn jemand die Bebauung von fremden Grundstücken in Auftrag gibt, er dies in Vertretung des Eigentümers tut und daß dies auch dem mit den Eigentumsverhältnissen bekannten anderen Vertragsteil erkennbar ist. Allein diese Vermutung kann widerlegt werden und das Berufungsgericht hat die Widerlegung darin gefunden, daß der Beklagte zum Zwecke der Durchführung der Parzellierung der Eigentümerin des Ritterguts, der verw. K., die nötigen Mittel dargeliehen hatte und dafür von dem erzielten Kaufpreise 5 % Provision hatte erhalten sollen; er sei daher daran interessiert gewesen, durch die Parzellierung einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen; zu diesem Zwecke könne er die Zerstücklung des Guts unter Errichtung von Rentengütern gewählt und die Verträge über die dazu erforderlichen Bauten im eigenen Namen abgeschlossen haben. Wenn das Berufungsgericht mit Rücksicht auf diese leitende Stellung des Beklagten bei der Parzellierung und unter Würdigung der übrigen Umstände angenommen hat, daß der Kläger aus den ihm bekannten Eigentumsverhältnissen nicht den Schluß habe ziehen können und gezogen habe, daß der Beklagte nur als Vertreter der verw. K. die Bauverträge habe abschließen wollen, so kann hierin ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. Das Berufungsgericht hätte übrigens nicht nötig gehabt, die Briefe des Beklagten zu verwerten, um den dem Kläger zunächst obliegenden Beweis für geführt zu erachten. Dieser Beweis war schon dadurch für geführt anzusehen, daß der Kläger den ihm durch Beweisbeschluß in erster Instanz auferlegten Eid dahin geleistet hatte, daß der Beklagte bei Übertragung der Arbeiten ihm nicht erklärt hat, daß er nur als Generalbevollmächtigter der K.schen Erben in deren Namen und für deren Rechnung bestelle. Dieser Eid war, obwohl ihn der nichtbeweispflichtige Beklagte zugeschoben und der Kläger ihn angenommen hatte, keineswegs, wie das Berufungsgericht annimmt, nach ZPO. § 447 bedeutungslos; denn die Beweislast kann, wenn die Parteien, wie dies hier der Fall war, sich über Norm und Erheblichkeit des Eides einverstanden erklären, überhaupt nicht in Betracht kommen."

103. **Widerruf der Eideszuschiebung** (ZPO. § 454). Urt. vom 8. Nov. 07, II 219/07.

„. . . Nachdem der Widerruf der Eideszuschiebung infolge der auf Antrag des Beklagten stattgefundenen Beweisaufnahme in II. Instanz gemäß ZPO. § 454 Abs. 2 zulässig geworden war, hat der Beklagte gemäß den angeführten

Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts, die zur Ergänzung des Tatbestandes dienen, den ihm zugeschobenen Eid angenommen und damit die Eideszuschiebung widerrufen. Denn die Annahme des Eides schließt die Zurückschiebung aus. Eine bestimmte Form für den Widerruf der Eideszurückschiebung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; es genügt dazu jede Erklärung, welche den Willen, die Zurückschiebung zu widerrufen, deutlich erkennen läßt . . ."

104. Rechtzeitigkeit der Glaubhaftmachung der Revisionssumme (ZPO. §§ 554, 554 a). Urt. vom 2. Nov. 07, I 556/07.

„. . . Auf den Antrag der Revisionsbegründungsschrift, bei vorhandenem Zweifel an dem Vorhandensein dieser Summe der Klägerin Gelegenheit zur nachträglichen Glaubhaftmachung zu geben, kann nicht eingegangen werden, da diese Glaubhaftmachung zur Zeit der nach ZPO. § 554 a vorzunehmenden Prüfung vorhanden sein muß . . ."

105. Amtspflicht des Eherichters (ZPO. § 622). Urt. vom 7. Nov. 07, IV 117/07.

„. . . Endlich kann von einer Amtspflicht des Richters, vorgelegte Strafakten daraufhin durchzusehen, ob darin vorkommende Korrespondenzen zur Aufrechterhaltung der Ehe dienlich seien, auch bei weitester Auffassung der ZPO. § 622 nicht die Rede sein . . ."

106. Passivlegitimation für die Klage auf Anfechtung der Entmündigung (ZPO. §§ 646, 680, 684). Urt. vom 30. Okt. 07, IV 303/07.

„Die Revision verstellt zur rechtlichen Nachprüfung, ob die Entmündigung noch ergehen durfte, nachdem die Ehe der Parteien rechtskräftig getrennt war und die Beklagte dadurch ihr Antragsrecht verloren gehabt hätte. Die Passivlegitimation der Beklagten für den Anfechtungsprozeß ist indes vom Berufungsgericht mit Recht angenommen. Allerdings darf gemäß ZPO. § 680 der wegen Verschwendung oder Trunksucht vom Amtsgericht ergehende Entmündigungsbeschluß nur auf Antrag erlassen werden. Demgemäß mag das Verfahren vom Amtsgericht einzustellen sein, wenn in dem vor ihm schwebenden Verfahren der Antragsteller stirbt oder diejenige Eigenschaft verliert, die ihn zum Antrage befähigt, so insbesondere wenn die Ehe geschieden wird, nachdem die Ehefrau den Antrag gestellt hat (ZPO. §§ 680 Abs. 3; 646 Abs. 1). Anders verhält es sich aber, nachdem einmal der Entmündigungsbeschluß vom Amtsgericht erlassen ist. Die hiergegen erhobene Anfechtungsklage hat nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Ziele die Bekämpfung der Rechtmäßigkeit des Entmündigungsbeschlusses zur Zeit seiner Erlassung. Schon nach diesem allgemeinen Grundsatze haben im Anfechtungsverfahren Tatsachen, die auf das ursprünglich begründete Anfechtungsrecht nachträglich abändernd eingewirkt haben, unberücksichtigt zu bleiben, sofern sich nicht im Einzelfalle aus dem Gesetze ein anderes ergibt, des besonderen bestätigt aber auch der Inhalt der ZPO. § 684 Abs. 3, daß ein nach dem Erlaß des Entmündigungsbeschlusses eingetretener Wegfall der Legitimation des Antragsberechtigten unbeachtlich zu bleiben hat. Denn hier ist formal durchgreifend bestimmt, daß die Klage gegen denjenigen zu richten ist, welcher die Entmündigung beantragt hatte. Danach bleibt die Passivlegitimation der Beklagten unabänderlich gegeben, wenn sie nur für das Vorverfahren legitimiert war. Dem liegt ersichtlich der Gedanke zugrunde, daß die einmal auf Grund rechtmäßigen Antrags im amtsgerichtlichen Verfahren ausgesprochene Entmündigung nicht hinterher lediglich deshalb in Frage gestellt werden darf, weil sich demnächst die Antragsberechtigung geändert hat. Daß dies die prinzipielle Auffassung des Gesetzes ist, ergibt der weitere Inhalt eben dieser Gesetzesvorschrift. Hiernach ist, falls der Antragsteller verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, die Anfechtungsklage gegen den

Staatsanwalt zu richten. In diesem Falle ist die Antragsberechtigung durch den Wegfall bzw. die Behinderung ihres Subjekts aufgehoben oder ihre Ausübung erschwert. Dennoch wird das Verfahren nicht hinfällig, sondern fortgeleitet und zur praktischen Durchführung an Stelle des weggefallenen oder behinderten Subjekts ausnahmsweise der Staatsanwaltschaft die Parteirolle zugemessen. Die Passivlegitimation der Beklagten ist nach alledem gegeben (zustimmend Gaupp-Stein, ZPO., 8/9. Aufl., Bem. II zu § 684) . . ."

107. Unanfechtbarkeit des Beschlusses auf Einstellung der Zwangsvollstreckung (ZPO. §§ 707, 712). Beschl. vom 7. Nov. 07, VI B 216/07.

„Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat in wiederholten Entscheidungen angenommen, daß der Ausschluß der Beschwerde, den die Bestimmung der ZPO. § 707 Abs. 2 für die Anordnungen über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem vollstreckbaren Urteil im Falle der Einlegung des Einspruches oder eines Rechtsmittels, einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Wiederaufnahme des Verfahrens nach ZPO. §§ 707, 719 vorsieht, dann nicht Platz greift, wenn nicht die Richtigkeit und Billigkeit der sachlichen Entscheidung, sondern die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Anordnung, das Vorhandensein oder Fehlen der allgemeinen Voraussetzungen einer solchen nach den angezogenen Paragraphen in Frage steht (RGZ. 25, 402; 32, 393; 47, 419; 50, 404; JW. 03, 374 Nr. 7 u. a.). Auf diese Rechtsprechung beruft sich auch die Beschwerde der Klägerin, indem sie die Unzulässigkeit der durch das Kammergericht in dem Beschl. vom 14. Okt. 07 erlassenen Einstellungsanordnung geltend macht. Allein zu Unrecht. Wenn das Gericht eine Anordnung auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erlassen hat, so liegt, anders als in dem Falle der Zurückweisung eines dahingerichteten Antrages, eine sachliche Entscheidung stets vor. Die Zurückweisung kann erfolgen, weil das Gericht den gestellten Antrag für unzulässig, oder weil es ihn für unbegründet erachtet; die Anordnung kann aber nur erlassen werden, wenn das Gericht den Antrag sowohl für zulässig als für begründet erachtet. Nach der letzteren Seite ist aber der Einstellungsbeschluß der Anfechtung entzogen. Die Entscheidungen, die eine Einstellung anordnen, werden von den Gerichten, ihrem praktischen Zwecke entsprechend, mit einer Begründung nicht versehen. So ist die von der Klägerin angefochtene Entscheidung vom 14. Okt. 07 ohne eine Begründung ergangen. Die Gründe, aus denen das Gericht die Zulässigkeit des Antrages angenommen hat, bleiben unausgesprochen. Dieser Mangel einer Begründung kann nicht etwa selbst schon als Unterlage einer zulässigen Beschwerde dienen, und ebensowenig kann eine solche zugelassen werden, weil die Nichtbegründung die Möglichkeit eines ungesetzlichen Verfahrens offen läßt (vgl. Gaupp-Stein Nr. III zu ZPO. § 707), vielmehr muß der Beschwerdeführer dartun, daß die von ihm angefochtene Anordnung unter allen Umständen als ungesetzlich und unzulässig zu erachten sei, daß für sie die gesetzlichen Voraussetzungen in keinem Falle gegeben sind, wenn seine Beschwerde zugelassen werden soll . . ."

108. Glaubhaftmachung eines Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Schutze gegenüber der Bezichtigung einer Patentverletzung (ZPO. §§ 940, 920). Urt. vom 19. Okt. 07, I 578/07.

„. . . Die Frage, ob derjenige, welcher gegenüber der Bezichtigung einer Patentverletzung den Schutz des Richters durch einstweilige Verfügung nachsucht, glaubhaft zu machen hat, daß ihm die behauptete Patentverletzung nicht zur Last fällt, oder ob es genügt, wenn er nur die Tatsache der Bezichtigung geltend macht, ist in der Literatur bestritten. Zugunsten der letzteren Auffassung wird ausgeführt, daß grundsätzlich nach dem Prinzip der Gewerbefreiheit davon auszugehen sei, daß jeder seine gewerbliche Tätigkeit frei ausüben könne, und daß daher derjenige welcher eine Beschränkung derselben durch

ein ihm zustehendes Schutzrecht behauptet, dessen Vorhandensein glaubhaft zu machen habe (vgl. insbesondere Kent, PatG. § 4 Nr. 487).

Diese Ansicht, welche sich auch auf ältere Erkenntnisse berufen kann, ist jedoch in dem Urtiel des Senats vom 24. Febr. 04, Rep. I 458/03 (vgl. Blatt für Patent-, Muster und Zeichenwesen 10, 293 ff.) abgelehnt, und der Senat hat bei nochmaliger Prüfung der Frage sich nicht veranlaßt gesehen, von der zuletzt vertretenen Auffassung abzugehen. Wer eine einstweilige Verfügung nachsucht, hat ihre tatsächlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen. Er hat, wenn er wie im vorliegenden Falle die Wahrung seines Rechtsfriedens, seiner ungestörten gewerblichen Betätigung beansprucht, nicht nur die Störung, sondern auch weiter glaubhaft zu machen, daß der Störende unberechtigterweise in seinen Gewerbebetrieb eingreift. Gegenüber der Tatsache, daß der letztere sich auf eine lex specialis, sein Patentrecht beruft, kann der allgemeine Hinweis auf das Prinzip der Gewerbefreiheit nicht genügen. Aber auch die Tatsache, daß Beklagte selbst für sich ein Patent, und zwar ein späteres Patent als das der Klägerin nunmehr gehörige, erworben hat, kann diese Glaubhaftmachung nicht ersetzen, da das Patentamt bei Erteilung eines neuen Patentes die Frage der Abhängigkeit desselben von einem früheren Patente nicht zu entscheiden hat . . ."

109. Datierung des Schiedsspruchs (ZPO. § 1039). Urt. vom 18. Okt. 07, VII 12/07.

„Die ersten beiden von der Revision erhobenen Angriffe betreffen die Frage, ob der Schiedsspruch den in ZPO. § 1039 aufgestellten formalen Vorschriften entspricht, nach denen der Schiedsspruch den Tag seiner Abfassung angeben und den Parteien von den Schiedsrichtern zugestellt sein muß. Beiden Angriffen ist der Erfolg zu versagen.

Der Schiedsspruch trägt oben an seiner Spitze das Datum „Berlin den 25. Mai 1905". Daß durch diese Datierung die Schiedsrichter ihrem Spruch die durch das Gesetz erforderte Bezeichnung des Tages der Abfassung haben geben wollen, muß ohne weiteres bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden. Ob die Datierung, wie hier, über dem Schiedsspruch steht, oder, was die Revision für erforderlich erachtet, unter dem Spruch, kann dabei keinen Unterschied machen. Es genügt zunächst, daß das Datum, dessen Beifügung freilich für die Feststellung der Identität des Spruchs unentbehrlich ist, in solcher Weise auf der den Spruch enthaltenden Urkunde angebracht ist, daß die Annahme nicht ausgeschlossen erscheint, die Schiedsrichter hätten durch die Datierung den Tag der Abfassung des Spruchs angeben wollen. Die Revision macht aber geltend, das Datum müsse den richtigen Tag der Abfassung des Spruchs angeben, der auf dem ergangenen Spruch stehende Vermerk: „25. Mai 1905" stelle jedoch nicht den Tag der Abfassung des Spruchs dar, sondern den Tag der letzten Verhandlung vor dem Schiedsgericht. Diese Forderung der Revision geht jedoch zu weit. Dem Gesetz ist Genüge geschehen, wenn die Schiedsrichter den Spruch mit einem Datum bezeichnen, daß sie selbst als den Tag der Abfassung des Spruchs angesehen wissen wollen. Wäre aber auch davon auszugehen, daß der als Tag der Abfassung auf den Spruch gesetzte Tag der Tag sein müsse, an dem der Spruch wirklich abgefaßt ist, und daß im vorliegenden Fall der 25. Mai 1905 nicht der Tag der wirklichen Abfassung sei, so würde doch hieraus nichts zugunsten der Revision zu folgern sein. Denn die Formvorschriften des § 1039 haben, wie die Motive ergeben, den Zweck, die Übereinstimmung des Spruchs mit dem Willen der Schiedsrichter zu sichern un bdie Beendigung des Verfahrens festzustellen. Daß dieser Zweck hier aber erreicht ist, sollte selbst der Spruch seinerzeit von den Schiedsrichtern nicht am 25. Mai 1905, sondern an einem andern Tage abgefaßt worden sein, kann nicht zweifelhaft sein. Weder behaupten die Beklagten, noch ist sonst irgendwie ein Anhalt für die Annahme vorhanden, daß der dem Protokoll beigefügte Spruch einen andern Inhalt gehabt habe, als der entscheidende Teil der mit eingehenden Gründen versehenen und von den

Schiedsrichtern unterschriebenen, den Parteien zugestellten Ausfertigung des Spruchs. Schon im Urt. vom 20. Jan. 05 (VII 516/04) hat der jetzt erkennende Senat ausgeführt: selbst wenn im einzelnen Falle feststeht, daß der Schiedsspruch nicht an dem Tage abgefaßt sei, den er selbst als den Tag der Abfassung angibt, so sei hierin doch ein so wesentlicher Verstoß gegen den § 1039, daß der Spruch für unwirksam zu halten sei, nicht zu finden, wenn nicht ersichtlich sei, daß jene an sich nebensächliche Unrichtigkeit die Überzeugung davon zu erschüttern vermöchte, daß der Schiedsspruch genau so, wie beschlossen, niedergeschrieben worden und das Verfahren auch im übrigen ein rechtmäßiges gewesen sei. An diesen Grundsätzen hält der Senat auch bei erneuter Prüfung der Tragweite des § 1039 fest . . ."

110. **Ungültigkeit des Schiedsvertrags, wenn die Parteien sich vorbehalten, sich dem Schiedsspruch je nach Belieben zu unterwerfen oder nicht** (ZPO. §§ 1040, 1041). Urt. vom 21. Okt. 07, VII 275/07.

„Nach ZPO. § 1040 hat der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils, nur in den durch § 1041 bestimmten Fällen kann mit Klage vor den ordentlichen Gerichten die Aufhebung des Schiedsspruchs gefordert werden. Ein freies Belieben der Parteien, sich dem Schiedsspruche zu unterwerfen oder nicht zu unterwerfen, ist mit der zwingenden Vorschrift des § 1040 nicht vereinbar. Wird gleichwohl durch den Vertrag solches Belieben den Parteien eingeräumt und wird ihnen, auch außerhalb der Voraussetzungen des § 1041, gestattet, sei es auch nur in bestimmter Frist, gegen den Schiedsspruch die Entscheidung der ordentlichen Gerichte anzurufen, so ist ein rechtswirksamer Schiedsvertrag nicht vorhanden (Urt. des RG. vom 14. Dez. 93, JW. 94, 56 Nr. 7) . . ."

111. **Wann liegt Unvermögen eines Geisteskranken oder Geistesschwachen, seine Angelegenheiten zu besorgen, vor?** (BGB. § 6 Nr. 1). Urt. vom 23. Dez. 07, IV 503/07.

„. . . Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat (RGZ. 50, 205; 52, 244; JW. 00, 848; 05, 133 Nr. 4; 07, 198 Nr. 1), kommt es bei der Anwendung der ZPO. § 6 Nr. 1 darauf an, ob der Kranke infolge von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche außerstande ist, seine Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit zu besorgen. Ein derartiges Unvermögen setzt begrifflich nicht voraus, daß der Geisteskranke keine einzige seiner Angelegenheiten zu besorgen vermöge. Bleibt ihm trotz seiner geistigen Erkrankung die Befähigung erhalten, gewisse Angelegenheiten — sei es wegen ihrer Einfachheit, sei es infolge der erlangten Übung oder aus anderen Gründen — zu besorgen, so schließt dieser Umstand allein die Entmündigung nicht aus . . ."

112. **Begründung des gesetzlichen Wohnsitzes der Militärpersonen** (BGB. §§ 7, 9; RBG. § 18). Urt. vom 17. Dez. 07, III 215/07.

„. . . Daß aber unter dem ‚Wohnorte' i. S. des RBG. § 18 der ‚Wohnsitz' i. S. des damaligen öffentlichen und bürgerlichen Rechts zu verstehen ist, hat das Berufungsgericht mit Fug angenommen. Seinen hierauf bezüglichen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen. Es fragt sich somit nur noch, ob den Erfordernissen genügt ist, deren Erfüllung zur Begründung des gesetzlichen Wohnsitzes einer Militärperson am Garnisonorte notwendig ist. Hier setzt der erste Angriff der Revision ein, indem sie geltend macht, daß als Wohnort des Beamten i. S. des RBG. § 18 der ihm angewiesene Amtssitz — dienstliche Wohnort — dann nicht zu gelten habe, wenn der Beamte zur Zeit seiner Beschäftigung an einem anderen Orte infolge der für ihn maßgebenden dienstlichen Anordnungen tatsächlich an dem ihm angewiesenen Amtssitze sich noch nicht niedergelassen und Wohnung genommen habe. Der Angriff geht jedoch fehl.

Es kann dahingestellt bleiben, ob zur Begründung des gesetzlichen Wohnsitzes einer Militärperson am Garnisonorte in bürgerlichrechtlicher Beziehung erforderlich ist, daß sie an diesem Orte sich auch wirklich niedergelassen habe (vgl. BGB. § 7 Abs. 1). In staatsrechtlicher Hinsicht, die hier allein in Frage kommt, insbesondere auch in Ansehung des Gerichtsstandes, ist eine wirkliche Niederlassung am Garnisonorte zweifellos nicht Vorbedingung des Bestehens des Wohnsitzes an diesem Orte. So wird der Servis den Offizieren und Militärbeamten nur nach der Zugehörigkeit des jeweiligen Garnisonortes zu einer bestimmten Servisklasse gezahlt, ohne Rücksicht darauf, ob der Offizier oder Militärbeamte seine Wohnung wirklich an diesem Orte genommen hat oder nicht; vielmehr entscheidet in dieser Beziehung lediglich, daß von einem bestimmten Zeitpunkte ab der Militärperson der betreffende Ort infolge Anstellung oder Versetzung als Garnisonort angewiesen ist (vgl. Urteil des erkennenden Senats in RGZ. 59, 415 ff.). Das gleiche gilt von dem Wohnungsgeldzuschuß, der nach dem RG., betr. die Bewilligung von Wohnungsgeldzuschüssen an die Offiziere sowie an die Reichsbeamten vom 30. Juni 73 § 4 lediglich nach der Klasse erfolgt, welcher der ‚dienstliche Wohnort' des Offiziers oder Beamten angehört. Endlich spricht hierfür auch ZPO. § 14 Abs. 1 in der Fassung vor der Novelle vom 17. Mai 98, denn diese lautete ausdrücklich dahin: ‚Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte'. Damit war klar ausgesprochen, daß, sobald und solange überhaupt für eine Militärperson ein bestimmter Ort als Garnisonort anzusehen sei, hier auch ihr allgemeiner Gerichtsstand begründet sei, ohne Rücksicht auf einen etwaigen anderen wirklichen Wohnort (vgl. v. Wilmowski und Levy, 7. Aufl., Anm. 2 zu ZPO. § 17). Durch die Übernahme der Bestimmung in den jetzigen § 9 des BGB. ist aber nur die durch die Worte ‚in Ansehung des Gerichtsstandes' ausgesprochene Beschränkung aufgehoben, nicht aber sonst die Bedeutung der Vorschrift geändert. Das entspricht auch nur der geschichtlichen Entwicklung der ganzen Lehre. Schon für das römische Recht drückte die l. 9 C. de incolis 10, 39 den grundlegenden Satz sehr bezeichnend dahin aus:

‚Senatores in sacratissima urbe domicilium dignitatis habere videntur,'

wodurch klar ausgesprochen wurde, daß der Amtssitz als Wohnsitz des Senators mindestens zu gelten habe, also gegebenenfalls auch ohne Rücksicht auf die wirkliche Niederlassung an dem betreffenden Orte.

Ähnlich bestimmte in der Allgemeinen Gerichtsordnung I 2 im Anschlusse an § 10:

‚Die Absicht, seinen beständigen Wohnsitz an einem Orte nehmen zu wollen, kann sowohl ausdrücklich, als durch Handlungen oder Tatsachen geäußert werden',

der § 11:

‚Für eine solche stillschweigende Äußerung ist es zu achten, wenn jemand an einem gewissen Orte ein Amt, welches seine beständige Gegenwart daselbst erfordert, übernimmt' —

. . ."

113. Vertragsklage auf Herausgabe eines Grundstücksbestandteiles; Einwand aus dem Rechte der Hypothekarier (BGB. §§ 93, 95, 1120 bis 1122). Urt. vom 17. Dez. 07, II 384/07.

„. . . Ein Vertrag, welcher eine Sache zum Gegenstand hat, die Bestandteil eines Grundstücks ist oder es nach dem Vertragsabschluß geworden ist, ist trotz des Umstandes, daß die Erfüllung des Vertrags nicht ohne Trennung dieses Bestandteils von dem Grundstück möglich ist, doch in der Regel als gültig und wirksam anzusehen. Dies kann namentlich für den letzteren, hier vorliegenden Fall, daß die den Gegenstand des Vertrags bildende Sache erst nach dessen Abschluß Bestandteil des Grundstücks geworden ist, keinem Zweifel

unterliegen (vgl. das Urt. des RG., 7. ZS., vom 15. Mai 06, RGZ. 63, 308, auf welches Urteil, das im übrigen auf der hier nicht in Betracht kommenden Vorschrift der KO. § 43 beruht, der Revisionskläger sich daher mit Unrecht für seine gegenteilige Ansicht berufen hat). Zur Erfüllung eines gültigen Vertrags ist aber der Schuldner in der Regel — von besonderen, hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen (vgl. BGB. §§ 321—325) abgesehen — verpflichtet, somit in dem vorliegenden Falle der Beklagte auch zur Trennung der Lokomobile von dem Grundstück oder wenigstens zur Duldung dieser Trennung seitens des Klägers, sofern eine solche Trennung zu der vertragsmäßigen Herausgabe der Lokomobile erforderlich sein sollte. Mit der Vornahme einer solchen Trennung, deren physische Unmöglichkeit nicht behauptet ist, wird aber das der Herausgabe zurzeit etwa entgegenstehende Hindernis beseitigt. Einer Entscheidung der Frage, ob und in welcher Weise diese Trennung erzwungen werden kann, bedarf es im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht, zumal die Möglichkeit einer freiwilligen Vornahme dieser Trennung seitens des Beklagten besteht.

An der hiernach dem Kläger gegenüber begründeten unbeschränkten vertraglichen Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Lokomobile wird auch dadurch nichts geändert, daß das Grundstück, mit dem diese Maschine zurzeit zu einem nicht bloß vorübergehenden Zweck verbunden sein soll, mit Hypotheken belastet ist, — was der Beklagte behauptet und das Berufungsgericht nicht verneint hat. Zwar erstrecken sich diese Hypotheken kraft der gesetzlichen Vorschriften des BGB. §§ 1120, 95 ohne weiteres auch auf die mit dem Grundstück derart verbundene Maschine als auf einen Bestandteil desselben. Daß aber die Hypothekengläubiger etwa durch eine Beschlagnahme gemäß §§ 1121, 1122 ihre Ansprüche auf die Maschine schon geltend gemacht hätten, ist nicht behauptet. Es ist auch gänzlich ungewiß, ob die Hypothekengläubiger jemals ihre Ansprüche auf die Maschine wahren werden. Schon aus diesem Grunde ist der Beklagte zur Geltendmachung der Rechte der Hypothekengläubiger weder im eigenen Namen noch im Namen dieser Gläubiger dem Kläger gegenüber befugt. Einer solchen Geltendmachung würde auch die erwähnte vertragliche Verpflichtung des Beklagten dem Kläger gegenüber, diesem die Maschine herauszugeben, entgegenstehen, kraft deren er auch dazu verbunden ist, die dem vertraglichen Anspruch des Klägers etwa entgegenstehenden Hypothekenrechte selbst zu beseitigen.

Was aber die weitere Frage betrifft, ob die gegenwärtige Klage gegen den Beklagten allein ohne Zuziehung der Hypothekengläubiger erhoben werden durfte, so kommt in Betracht, daß dieselbe nicht auf Grund eines etwaigen Eigentumsanspruchs des Klägers, sondern lediglich auf Grund des diesem zustehenden vertraglichen Anspruchs gegen den Beklagten in seiner Eigenschaft als Mitkontrahent des Klägers erhoben und lediglich auf Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung des Beklagten gerichtet ist, wonach dieser die ihm überlassene Maschine dann zurückzuliefern hat, wenn Kläger wegen etwaiger Vertragsverletzung des Beklagten die Aufhebung des Vertrages erklären sollte. Es ist aber kein Rechtsgrund erfindlich, aus dem eine solche reine Vertragsklage auch gegen die Hypothekengläubiger des Grundstücks, dessen Bestandteil die zurückzuliefernde Maschine inzwischen geworden sein soll, gerichtet werden müßte oder aus dem sie gegen diese Hypothekengläubiger überhaupt mit Erfolg würde erhoben werden können; denn es besteht weder ein allgemeiner noch ein gerade derartige Rechtsverhältnisse betreffender besonderer Rechtssatz, wonach ein Gläubiger eine ihm aus einem Vertrage zustehende Klage nicht nur gegen den ihm vertraglich Verpflichteten, sondern auch gegen dritte Personen zu richten hätte, die an der Nichterfüllung der streitigen Verpflichtung ein mittelbares, wirtschaftliches Interesse haben. Jedenfalls ist eine solche Folgerung bezüglich der Hypothekengläubiger, die ihre Ansprüche auf die Bestandteile eines Grundstücks nicht durch eine Beschlagnahme gewahrt haben, nicht aus BGB. §§ 1120—1122 herzuleiten.

Hiernach steht die Vorschrift des BGB. § 93 der Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Maschine in keiner Weise entgegen."

114. Gleisanlage (transportable Feldbahn) als wesentlicher Bestandteil eines Fabrikgrundstücks (BGB. §§ 93—95). Urt. vom 13. Nov. 07, V 90/07.

„. . . Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob diese Sachen wesentliche Bestandteile der in den Grundbüchern von K. und Z. als fünf einzelne Grundstücke eingetragenen Grundstücke sind, die unter dem Namen Kalksandsteinfabrik N. zusammengefaßt werden.

Der Berufungsrichter hat diese Frage auf Grund des BGB. § 93 bejaht. § 93 kann aber nach den vom Berufungsrichter getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht Anwendung finden. Nach dem genannten Paragraphen sind wesentliche Bestandteile einer Sache diejenigen Bestandteile, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Es muß also durch die Trennung der eine oder der andere Bestandteil zerstört oder in seinem Wesen verändert werden. Eine durch die Trennung eintretende Zerstörung oder wesentliche Veränderung der ganzen Sache kommt nicht in Betracht. Das Gleis nebst Weichen usw. wird durch die Trennung nicht zerstört oder in seinem Wesen verändert. Ebensowenig werden es die Grundstücke, auf denen es sich befindet. Verändert wird nach den Feststellungen des Berufungsrichters nur die Fabrikanlage.

Wohl aber wird man, abweichend von der Annahme des Berufungsrichters, mit der Möglichkeit zu rechnen haben, daß die Gleisteile mit Weichen usw. nach BGB. § 94 wesentliche Bestandteile der hier fraglichen Grundstücke sind. Es bedarf aber noch der Aufklärung, ob die Voraussetzungen des § 94 a. a. O. vorliegen, insbesondere ob die Gleisteile usw. mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, andererseits ob die Verbindung, wenn sie eine feste ist, etwa doch nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist (BGB. § 95). In letzterer Hinsicht ist zu beachten, daß die Gleisteile usw. von den Beklagten selbst als *transportable* Feldbahn bezeichnet sind, und daß ein Teil derselben von der Klägerin nur *vermietet* ist. Von Bedeutung ist der Inhalt der Mietverträge, namentlich, ob es reine Mietverträge sind, so daß nach Beendigung der Mietzeit die Sachen der Klägerin, als der Vermieterin zurückzugeben sind, oder ob sie in das Eigentum der Mieter übergehen sollten . . ."

115. „Unverzüglichkeit" der Anfechtung wegen Irrtums (BGB. § 121). Urt. vom 8. Nov. 07, VII 47/07.

„. . . Die Anfechtung wegen Irrtums muß nach BGB. § 121 unverzüglich, d. h. *ohne schuldhaftes Zögern*, erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, daß die Witwe Sch. erst Ende Oktober 1903, infolge einer Besprechung mit ihren anderen Angehörigen, Bedenken darüber bekommen hat, ob der Inhalt der Vergleichsurkunde ihrem Willen entspreche, daß auf ihre Frage, was sie tun solle, ihr Schwiegersohn L. ihr erwidert hat, er werde mit seinem Rechtsanwalte sprechen, daß demnächst, im November, die Witwe Sch. den Rechtsanwalt M. zu Rate gezogen hat, und daß dieser alsdann, um sie sachgemäß beraten zu können, die in Betracht kommenden Schriftstücke einer Prüfung unterzogen hat. Bei dieser Folge der Vorgänge aufeinander, die nicht eine Vernachlässigung, sondern eine Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen, also nicht auf einen schuldhaften Aufschub schließen läßt, durfte der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum die am 12. November erklärte Anfechtung als ‚unverzüglich' erfolgt ansehen; die von der Revision gerügte Verletzung des BGB. § 121 ist sonach ebenfalls als vorhanden nicht anzuerkennen."

116. Anfechtung wegen Irrtums (BGB. §§ 121, 143). Urt. vom 13. Nov. 07, V 72/07.

„. . . Der Beklagte hat hiernach in erster Linie bestritten, die von der Klägerin behauptete Erklärung überhaupt abgegeben zu haben, in zweiter Linie dagegen hat er den Einwand der Anfechtung wegen Irrtums erhoben. Daß eine solche ‚eventuelle' Anfechtung zulässig, ist unbedenklich, vom Reichsgerichte auch bereits in dem Urt. vom 20. Juni 05 — VII 549/04 — anerkannt worden. Demnach kann es sich nur fragen, ob die Anfechtung unverzüglich und somit rechtzeitig erklärt worden ist. In dieser Beziehung macht die Revision mit Recht geltend, daß das Schreiben vom 21. nicht 23. August 1903 als Anfechtungserklärung überhaupt nicht gelten könne. Das Schreiben enthält nicht mehr als die Erklärung des Beklagten, die angebliche Verpflichtung nicht übernommen zu haben und auch nicht übernehmen zu wollen. Hierin kann — vgl. Urt. des 1. ZS. vom 15. Dez. 06, I 198/06 — eine Anfechtung i. S. des BGB. § 119 nicht gefunden werden. Erklärt ist die Anfechtung erst mit dem Schriftsatze vom 18. Dezember 1903, allein auch diese Erkläruug war noch rechtzeitig. Nach BGB. § 121 muß die Anfechtung unverzüglich erfolgen, sobald der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Dies ist — Urt. vom 29. Mai 07, V 508/06 — regelmäßig erst dann der Fall, wenn der Anfechtungsberechtigte nach den ihm bekannten Tatumständen vernünftigerweise mit einer die bloße Vermutung ausschließenden Sicherheit auf das Bestehen des Anfechtungsgrundes schließen muß. Hierzu reichte die bloße Behauptung der Klägerin nicht aus. Hatte der Beklagte das ihm gemachte Vertragsanerbieten mißverstanden und war er über dessen Inhalt in einem Irtume befangen, so bedurfte es, ehe die Anfechtung erfolgen konnte, erst der Aufdeckung des Irrtums. Der Beklagte durfte deshalb — Urt. vom 10. Jan. 06, V 268/05 — das Ergebnis der im Prozesse erfolgenden Beweisaufnahme abwarten, da ihm nur hierdurch ein sicheres und zuverlässiges Urteil über die Sachlage verschafft werden konnte. Tatsächlich ist die Anfechtungserklärung schon in erster Instanz und vor der erst in zweiter Instanz erfolgten Vernehmung des Direktors K. erfolgt und mithin unbedenklich rechtzeitig . . ."

117. „Vorbehaltlose" Anerkennung eines Vertrages [Erbvertrages] (BGB. §§ 133, 157). Urt. vom 28. Nov. 07, IV 190/07.

„. . . Das Berufungsgericht legt das Wort ‚vorbehaltlos' dahin aus, daß es gleichbedeutend sei mit ‚ohne Zögern'. Eine solche Auslegung verstößt gegen den klaren Wortlaut und die Vorschriften des BGB. §§ 133, 157. Wer einem andern die vorbehaltlose Anerkennung eines Vertrages zur Pflicht macht, bringt damit nach dem allgemeinen Sprachgebrauche zum Ausdruck, daß die Anerkennung ohne inhaltliche Einschränkung stattfinden solle, nicht aber, daß die geforderte Erklärung ohne Zögern, mithin zeitlich innerhalb einer kurz bemessenen Frist abgegeben werden müsse. Es hätte daher einer besonderen Begründung dafür bedurft, daß die Erblasserin das Wort vorbehaltlos im Widerspruch mit der gewöhnlichen Bedeutung im Sinne einer kurzen, zeitlichen Begrenzung verwendete, als sie die schwerwiegende Bestimmung traf, ihre Kinder sollten auf den Pflichtteilsanspruch beschränkt sein, wenn sie den Erbvertrag nicht vorbehaltlos anerkennen würden . . ."

118. Abmachung unter Verlobten über Einschränkung des künftigen Kindersegens; Nichtigkeit des Verlöbnisses deshalb? (BGB. § 138). Urt. vom 2. Dez. 07, IV 206/07.

„Ausweislich des Tatbestandes behauptet die Beklagte, es sei unter den Parteien ausgemacht gewesen, daß es in ihrer künftigen Ehe nur ein Kind geben dürfe, während sie nach der Darstellung des Klägers gesagt haben soll, daß sie *etliche* Kinder haben wolle; er selbst habe auch *nicht viel* Kinder verlangt. Wenn sich der Berufungsrichter an den Sachvortrag des Klägers

hält und daraufhin feststellen zu können glaubt, daß die Parteien jedenfalls eine Beschränkung der künftigen Kinderzahl verabredet hätten, so ist einmal prozessual dagegen verstoßen, daß vom Gegner bestrittene Behauptungen nicht ohne weiteres gegen den Behauptenden verwertet werden dürfen (JW. 98, 413 Nr. 2). Zum andern ist nicht erwogen, ob überhaupt von einer Willenseinigung geredet werden darf, wenn der eine Teil die künftige Kinderzahl auf ein einziges Kind, der andere Teil dagegen in sehr allgemein gehaltener Bezeichnung auf ‚nicht viel' Kinder beschränkt wissen wollte. Es kommt hinzu, daß doch keineswegs ausschließlich in die Macht und das Belieben der Ehegatten gegeben ist, ob überhaupt aus der Ehe Kinder hervorgehen sollen. Damit ist von vornherein nahegelegt, etwaigen Unterredungen von Verlobten über künftigen Kindersegen keine größere Bedeutung als die von geäußerten Hoffnungen, Wünschen und Plänen beizulegen. Jedenfalls bedarf es einer zwingenden Begründung dafür, daß ihnen nach Absicht der Beteiligten förmlicher rechtsgeschäftlicher Charakter innewohnen sollte. Selbst wenn aber ein Rechtsgeschäft i. S. von BGB. § 138 Abs. 1 vorläge, so geht der Berufungsrichter doch zu weit, wenn er in jeder Abmachung künftiger Ehegatten über eine Einschränkung der Kinderzahl schlechthin und unter allen Umständen einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt. Wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, ist die Ehefrau zur ehelichen Beiwohnung nicht verpflichtet, wenn ihr aus der Beiwohnung selbst oder aus einer Schwangerschaft und Geburt außergewöhnlich schwere Gefahr für Leben oder Gesundheit droht. Der Berufungsrichter durfte deshalb nicht dahingestellt lassen, ob die Beklagte, wie sie ausweislich des Tatbestandes selbst vorgetragen hatte, schwer unterleibsleidend war und deshalb den Kindersegen mit Recht fürchten mußte. Es ist auch rechtsirrig, wenn er sich der näheren Prüfung um deswillen überhoben achtet, weil der Kläger von dem angeblichen Leiden der Beklagten erst jetzt im Prozesse erfahren habe. War es in der Tat zur Zeit der angeblichen Verabredung über die künftige Kinderzahl in gefahrdrohender Weise vorhanden, so könnte die Verabredung schon objektiv, ihrem Inhalte nach nicht als eine unsittliche bezeichnet werden. Nun kann zwar, wie das Reichsgericht schon häufig anerkannt hat, diese Unsittlichkeit unter Umständen auch aus der subjektiven Seite des Rechtsgeschäfts, aus den Beweggründen und dem von den Beteiligten verfolgten Zwecke des Geschäfts abgeleitet werden. Dies kann aber nicht dazu führen, mit dem Berufungsrichter das ganze Rechtsgeschäft schon dann als sittlich anstößig und deshalb nichtig zu erklären, wenn der eine Teil bei Abschluß des Geschäfts auf der andern Seite fälschlich und irrtümlich unlautere Zwecke und Beweggründe voraussetzt, und diese, in Wahrheit gar nicht vorhandenen Momente auch seinerseits gutheißt. Endlich ist zwar richtig, daß auch das Rechtsgeschäft des Verlöbnisses, wenn es von vornherein mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftet ist, von vornherein nichtig ist. War es aber, wie der Berufungsrichter als möglich unterstellt, zunächst gültig und in Übereinstimmung mit den guten Sitten zustande gekommen, so bedarf es jedenfalls noch genauerer Begründung, inwiefern eine spätere, neu hinzukommende unsittliche und deshalb von vornherein unwirksame Abrede immerhin die Kraft gehabt habe, das ganze Verlöbnis auf eine neue Grundlage zu stellen und nunmehr in seinem ganzen Bestande nichtig zu machen."

119. Ausbeuten der Geistesschwäche des Vertragsgegners (BGB. § 138). Urt. vom 26. Nov. 07, II 418/07.

„. . . Die Revision rügt weiter die Verletzung des BGB. § 138. Sie führt aus, der Beklagte sei jedenfalls geistig minderwertig gewesen, der Vertrag mit einem Geistesgeschwächten verstoße gegen die guten Sitten, wenn letzterer durch den Vertrag eine große Einbuße erleide. — Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben. In den Instanzen ist der Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die guten Sitten für den Beklagten nicht geltend gemacht worden. Das würde nicht schlechthin durchschlagen, da ihn die Gerichte von Amts wegen zu berück-

sichtigen haben, wenn seine Voraussetzungen vorliegen. Zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten wäre indes als mindestes nötig ein Ausbeuten der erkannten Geistesschwäche des Vertragsgegners. Das ist nicht geltend gemacht und auch nicht festgestellt. Sonach fehlt es an der tatsächlichen Unterlage zur Anwendung des BGB. § 138 . . ."

120. Verzicht des Ehegatten auf Strafantrag wegen Ehebruchs (BGB. § 138). Urt. vom 5. Dez. 07, VI 147/07.

„. . . Von einem Schweigegelde kann im vorliegenden Falle gar nicht die Rede sein; das rechtswidrige und strafbare Verhalten (Ehebruch), dessen sich der Beklagte schuldig gemacht hatte, war in dem Ehescheidungsprozesse bereits festgestellt; in Frage kam nur, ob die Klägerin den Antrag auf Bestrafung des Beklagten stellen werde. Wenn sie nun in dem Vertrage, in dem die Höhe des vom Beklagten für sie und ihre Tochter zu gewährenden Unterhalts bestimmt wurde, die Zusage gab, daß sie von dem Rechte, die Bestrafung des Beklagten zu verlangen, keinen Gebrauch machen werde, so kann hierin ein wider die guten Sitten verstoßendes Verhalten um so gewisser nicht erblickt werden, da, wie das Berufungsgericht auf Grund tatsächlicher Würdigungen unter Anwendung des nicht revisiblen älteren sächsischen Rechts unangreifbar festgestellt hat, die vom Beklagten vertraglich zugesagten Leistungen über dasjenige hinausgingen, was er unter den gegebenen Verhältnissen auch kraft Gesetzes zu gewähren verpflichtet war."

121. Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Ablehnung eines Beweisantrages wegen vorauszusehender Erfolglosigkeit (BGB. § 141; ZPO. §§ 282, 286, 373). Urt. vom 18. Nov. 07, V 111/07.

„Zur Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes ist nach § 141, soweit das Geschäft Formvorschriften unterliegt, Wiederholung der Form, im übrigen aber der Wille, das Geschäft in allen seinen Einzelheiten aufrecht zu erhalten, und die Erklärung dieses Willens notwendig. Wörtliche Wiederholung der Vertragseinzelheiten ist nicht geboten (vgl. RGZ. 61, 264; Urt. des RG., V 96/05, vom 14. Okt. 05; V 163/06, vom 12. Dez. 06).

Von den in Frage kommenden Vertragsbestimmungen war nur die Hypothekenzession vom 30. Juni 1904 gemäß BGB. § 1154 der Schriftform bedürftig und diese war in den angeblichen Bestätigungsbriefen des Beklagten vom 14. und 17. Dezember 1904 an sich erfüllt. Das Kammergericht nimmt aber auch weiter an, daß in dem Inhalt dieser Briefe der deutliche Wille des Beklagten, alle seine früheren Erklärungen und Verpflichtungen aufrecht zu erhalten und zu bestätigen, und der Ausdruck dieses Willens zu finden sei. Dies wird von der Revision bestritten und es könnten in der Tat Zweifel darüber bestehen, ob der Beklagte in jenen Briefen sich zu allen seinen früheren Willenserklärungen mit genügender Bestimmtheit aufs neue bekannt und sie damit äußerlich (objektiv) bestätigt hat. Diese Frage, als in das Gebiet der den Instanzrichtern überlassenen Urkundenauslegung einschlagend, kann aber hier auf sich beruhen . . . Zur Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts ist, wie schon oben angenommen und wie auch der Vorderrichter annimmt, der Bestätigungswille erforderlich (vgl. Planck, BGB. § 141 Note 1; Hölder, Allg. Teil des BGB. § 141 Bem. 2).

Zum Beweis dafür, daß er diesen nicht hatte und nicht haben konnte, hat der Beklagte vor dem Berufungsgericht den Rechtsanwalt Dr. R. als Zeugen darüber benannt, daß dieser ihn, den Beklagten, erst nach seinen Dezemberbriefen darüber aufgeklärt habe, daß das ursprüngliche Geschäft wegen Wuchers nichtig gewesen sei.

Der Vorderrichter hat den angebotenen Beweis mit der Begründung abgelehnt, daß Kenntnis des Wuchers bei dem Bildungsgrade und dem Beruf des Beklagten ohne weiteres anzunehmen sei, so daß ihm Rechtsanwalt R. nichts Neues gesagt haben könne. Diese Begründung kann nicht genügen

und verstößt gegen ZPO. §§ 282, 286, 373. Gerade darüber, daß er von der Nichtigkeit des Geschäfts wegen Wuchers nichts wußte, von R. erst darüber aufgeklärt wurde, hat der Beklagte diesen Zeugen benannt. Mag auch der innere Vorgang des Wissens eines andern durch Zeugen nicht leicht erweisbar sein, unmöglich ist solcher Beweis nicht, da die Zeugen solche äußere Zeichen für das Nichtwissen des andern (z. B. dessen Überraschung, seine glaubhaften Äußerungen usw.) bestätigen können, daß sich danach richterliche Überzeugung für das Nichtwissen bilden kann. Keinesfalls darf ein derartiger Beweisantritt im voraus mit der Begründung abgeschnitten werden, daß ein Erfolg des Beweisantritts unmöglich sei (vgl. JW. 02 588/5; 06 755/28)."

122. Wiederholte vorbehaltlose Annahme des verspätet angebotenen Mietzinses als vertragsmäßige Änderung der Zahlungsweise; Einrede der Arglist, weil der Vermieter die Verspätung verschuldet hat (BGB. §§ 157, 826, 249). Urt. vom 22. Nov. 07, III 326/07.

„Das Berufungsgericht hat in der Tatsache, daß der Beklagte die am 1. April, 1. Juli und 1. Oktober 1906 fällig gewordenen Mietzinsraten erst am 2. April, 3. Juli und 4. Oktober 1904 bezahlt und der Kläger sie ohne Vorbehalt angenommen habe, die Willenserklärung des letzteren gefunden, daß er auch in Zukunft mit einer verspäteten Zahlung des Mietzinses einverstanden sei und daher auch in Zukunft von seinem Rechte, wegen nicht pünktlicher Zahlung des Mietzinses die sofortige Räumung der vermieteten Räume zu verlangen, keinen Gebrauch machen werde. Damit habe jedoch der Beklagte nicht das Recht erworben, den Mietzins unbeschränkt nach dem vertragsmäßigen Fälligkeitstage entrichten zu dürfen. Sein Recht reiche vielmehr nicht weiter, als es durch die bisher gewährten Fristen bestimmt worden sei. Da der Beklagte behaupte, daß er den Mietzins am 6. Januar 1907 dem Kläger habe anbieten lassen, so liege eine Überschreitung der zuletzt gewährten Frist um zwei Tage vor. Der Beklagte befinde sich seit dem 4. Januar 1907 im Verzuge, und zwar um so mehr, als der Kläger, wie das Gericht als erwiesen ansieht, dem Beklagten durch eingeschriebenen Brief am 3. Januar ausdrücklich die Räumung habe androhen lassen, wenn er nicht bis zum 4. Januar zahle. Die hiernach einmal begründete Pflicht des Beklagten zur Räumung aber sei durch ein späteres Zahlungsangebot des Beklagten nicht beseitigt worden . . . Das Berufungsgericht hat mit Recht eine erst am 6. Januar 1907 angebotene Mietzinszahlung für verspätet erklärt . . . Dagegen ist die weitere Beschwerde der Revision begründet, daß der Einwand des Beklagten, der Kläger habe durch sein vertragswidriges Verhalten die nicht rechtzeitige Zahlung des Mietzinses für das erste Vierteljahr 1907 verschuldet, zu Unrecht verworfen sei. In dem ersten Teile der Darlegungen, mit denen das Berufungsgericht die Verwerfung jenes Einwandes rechtfertigt, verkennt es die rechtliche Bedeutung des Einwandes der Arglist (exceptio doli generalis), indem es davon ausgeht, als solle damit die in dem Mietsvertrage ausdrücklich ausgeschlossene Aufrechnung des Mieters mit Forderungen gegen seine Mietzinsschuld dennoch durchgeführt werden. Nicht um eine Einrede der Aufrechnung aber handelt es sich nach dem Vorbringen des Beklagten, sondern eben um die der Arglist. Der Beklagte macht geltend: Der Kläger beute seine eigene vertragswidrige Handlungsweise wider Treu und Glauben aus, indem er die formalen Rechte aus der Tatsache der nicht pünktlichen Zahlung des Mietzinses verfolge, obwohl er selbst die Schuld daran trage, daß die Zahlung nicht pünktlich erfolgt sei, und er will damit die Berufung des Klägers auf das Recht des Klägers, von dem Beklagten die sofortige Räumung der Geschäftsräume zu verlangen, unwirksam machen. Das ist eine tatsächlich und rechtlich von der Begründung der Aufrechnungseinrede verschiedene Begründung. Sie ist

auch an sich geeignet, die Einrede der Arglist zu rechtfertigen. Daß die Einrede der Arglist im Sinne der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis nach dem Rechte des BGB. ebenso gegeben ist wie nach dem früheren gemeinen und preußischen, hat das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen, unter anderen auch an den vom Berufungsgerichte selbst angezogenen Stellen. Sie ist gegen jede Geltendmachung eines an sich begründeten Rechts gerichtet, die den Anforderungen an Treu und Glauben widerstreitet, und ihre Wirkung geht dahin, daß der Berufung auf das formal begründete Recht des Gegners die Rechtswirksamkeit versagt wird. Vgl. die Begründung dieser Wirkung in RGZ. 58, 356, wo aus § 826 in Verb. mit § 249 die Folge abgeleitet wird, das derjenige, dem gegenüber die Einrede der Arglist durchgreife, Schadenersatz für sein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten dadurch leisten müsse, daß er den an sich erworbenen Anspruch nicht geltend mache ..."

123. Unwiderruflichkeit einer Inkassoabtretung (BGB. § 168). Urt. vom 13. Dez. 07, II 328/07.

"... Der Berufungsrichter erachtet auch die Abtretung zum Zweck der Einklagung an den Kläger, damit dieser in eigenem Namen auftrete, für zulässig. Die Beklagten bezweifeln die Rechtswirksamkeit einer derartigen Vereinbarung. Es ist jedoch dem Berufungsrichter beizutreten, der eine Inkassoabtretung als gegeben erachtet. Einer derartigen Abtretung steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen. Der Abtretende bleibt nach dem Willen der Vertragschließenden materiell, d. h. im Verhältnis zwischen diesen beiden, der Forderungsberechtigte und beauftragt den Inkassozessionar, der durch die Abtretung nach außen als der Forderungsberechtigte legitimiert wird, mit der Einklagung in eigenem Namen. Nach innen wird auf diese Weise ein Auftragsverhältnis, nach außen eine Vollmachtserteilung hergestellt. So faßt auch das von den Beklagten selbst angerufene Urteil (RGZ. 53, 416) die rechtliche Lage auf. Die Widerruflichkeit richtet sich nach dem der Inkassoabtretung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (BGB. § 168). Letzteres bestand hier in der Vereinbarung, daß der Kläger die Gefahr der Einklagung tragen, also im Verlustfalle die Kosten auf sich behalten, daß aber im Falle des Sieges geteilt werden soll, was herauskommt. Damit war ein Auftrag zur Einklagung erteilt. Diesem Auftrag ist der Kläger nachgekommen, und zwar hatte er am Vollzug dieses Auftrages ein eigenes Interesse. In einem solchen Falle steht dem Auftraggeber, also hier der Witwe W., der Widerruf nicht mehr beliebig frei, weil die Vollmacht nach dem der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse (BGB. § 168) nicht ausschließlich im Interesse des Machtgebers erteilt war. Konnte Witwe W. nicht wirksam widerrufen, so können sich die Beklagten als Schuldner auch nicht auf diesen Widerruf stützen. Die Beklagten meinen, in RGZ. 53, 416 sei gerade für einen Fall, wie den hier zu entscheidenden die Zulässigkeit des Widerrufs anerkannt. Diese Meinung ist irrig. In jenem Falle hatte der Inkassomandatar die Klage angestrengt, nachdem der Auftraggeber Auftrag und Inkassoabtretung widerrufen hatte. Dort ging auch die Vereinbarung dahin, daß der Inkassomandatar die Kosten vorschießen, der Inkassomandant aber diese Kosten wiedererstatten und den Mandatar für seine Dienste mit 25% des eingezogenen Betrags entlohnen müsse. In dem hier zu entscheidenden Fall erfolgte der Widerruf nach der Einklagung und hatte Kläger das Risiko ohne Aussicht auf Ersatz zu übernehmen und auch bereits getragen. Dies war nicht mehr ein einseitiges Auftragsverhältnis, sondern ein zweiseitiger Vertrag. Für einen so gelagerten Fall erkennt RGZ. 53, 416 die Unwiderruflichkeit aber gerade als eine rechtliche Möglichkeit an."

124. Inwieweit wird die Verjährung durch Erhebung einer Teilklage unterbrochen? Beginn des Verjährungslaufs bei Ersatzansprüchen

aus unerlaubten Handlungen (BGB. §§ 209, 852). Urt. vom 11. Nov. 07, VI 151/07.

„. . . Begründet erscheint dagegen die Revision, soweit sie sich gegen die Beurteilung richtet, welche die vom Beklagten in der Berufungsinstanz vorgeschützte Einrede, daß die Ansprüche des Klägers, soweit sie den Betrag von zusammen 3000 ℳ überstiegen, verjährt seien, seitens des Berufungsgerichts gefunden hat. Die von diesem für die Zurückweisung der Einrede geltend gemachten Erwägungen gehen dahin:

Nach der Art, wie der Kläger seinen Anspruch auf Gewährung einer Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, die nur für die Zeit vom 1. Juli 1904 gefordert werde, begründet habe, handele es sich um Vermögensnachteile, die dem Kläger zur Zeit der Klagerhebung noch nicht bekannt gewesen seien, vielmehr auf Umständen beruhen, die erst im Sommer 1904 eingetreten seien. Daher laufe die in BGB. § 852 geordnete Verjährung für die vom 1. Juli 1904 ab geforderte Rente erst von diesem Tage an, sie sei also zu der Zeit, wo der Klagantrag auf die Rente erstreckt worden sei, noch nicht abgelaufen gewesen. Aber auch abgesehen hiervon erscheine die Einrede unbegründet. Nach den vom Kläger bereits in der Klagschrift gemachten Angaben habe er von vornherein den ganzen ihm durch den Unfall erwachsenen Schaden geltend machen wollen und ihn nur nach den damals vorliegenden Verhältnissen auf nicht höher als 3000 ℳ geschätzt; er habe sich auch dementsprechend für den Fall, wenn sich diese Schätzung als zu niedrig erweisen sollte, Erhöhung der Ersatzforderung vorbehalten. Den Gegenstand des Prozesses habe also von Anfang an der gesamte dem Kläger durch den erlittenen Unfall erwachsene und künftig entstehende Schaden gebildet, es könnten also die in dem reichsgerichtlichen Urt. vom 24. März 04 (RGZ. 57, 372 ff.) dargelegten Erwägungen, denen das Berufungsgericht an sich beitrete, nicht Anwendung finden, die Sache liege vielmehr im Grunde nicht anders, als wenn der Kläger ohne Angabe einer bestimmten Summe lediglich Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung desjenigen Betrags, den das Gericht als angemessene Ausgleichung des dem Kläger erwachsenen Schadens ansehen werde, gefordert, oder auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten im allgemeinen geklagt hätte. Danach sei durch die Klageerhebung die Verjährung bezüglich des ganzen Schadens, dessen Ersatz der Kläger zu beanspruchen habe, unterbrochen worden.

Dieser Auffassung hat nicht beigetreten werden können. Es mag nicht in Zweifel zu ziehen sein, daß der Kläger bei der Klagerhebung beabsichtigt hat, den ganzen Schaden, der ihm durch den Unfall vom 15. Juni 1901 erwachsen sei und noch entstehen werde, im jetzigen Prozesse geltend zu machen. Allein dadurch wird an der Tatsache nichts geändert, daß zunächst und bis zu der Klagerweiterung vom 30. November 1905 nur ein Anspruch auf Bezahlung von 3000 ℳ s. Z. rechtshängig geworden ist, denn der Kläger hat ausschließlich die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung dieser Summe gefordert und in keiner Weise durch einen Antrag zum Ausdruck gebracht, daß er etwa über diesen Betrag hinaus die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten verlange, im Gegenteil ist durch den Vorbehalt der Erweiterung des Klagantrags deutlich ausgesprochen worden, daß der Kläger, sofern sich die zunächst geforderte Summe als zu niedrig erweisen sollte, die Erhöhung des Ersatzanspruchs zum Gegenstand eines neuen auf die Zahlung einer weiteren Geldsumme gerichteten Antrags machen, also die erhobene Leistungsklage ausdehnen wolle. Demzufolge kann auch der in dem rechtskräftig gewordenen Berufungsurteile vom 14. Mai 1904 enthaltene Ausspruch, daß die Klage für dem Grunde nach berechtigt erklärt werde, nur auf die bis dahin allein erhobene Forderung von 3000 ℳ bezogen werden.

Nun wird aber, wie in dem schon von der Vorinstanz angezogenen reichsgerichtlichen Urteile eingehend dargelegt worden ist, nach dem jetzt geltenden Rechte die Verjährung eines Anspruchs durch dessen gerichtliche Geltendmachung immer nur insoweit unterbrochen, als der Anspruch rechtshängig gemacht

worden ist. Offen gelassen worden ist in jenem Urteil die Frage, ob unter Umständen dann, wenn nach Erhebung der auf einen ziffermäßig bestimmten Betrag gerichteten Klage der Klagantrag erweitert und auf eine über jenen Betrag hinausgehende Summe erstreckt wird, durch die Erhebung der beschränkten Klage die Verjährung wegen des ganzen Anspruchs unterbrochen wird, sie ist indes zu verneinen. Denn auch dann, wenn in solchem Falle der Kläger bei der Klagerhebung von der Meinung ausgegangen ist, daß der von ihm geforderte Betrag zur Deckung seines Anspruchs ausreichen werde, und sich diese Annahme erst nachträglich als nicht zutreffend erweist, bleibt die Tatsache bestehen, daß in Wahrheit zunächst bloß ein Teil des Gesamtanspruchs der richterlichen Entscheidung unterstellt und rechtshängig gemacht worden ist. Im vorliegenden Falle hat übrigens der Kläger, wie seine Angaben in der Klagschrift ergeben, von vornherein als möglich angesehen, daß der Schaden, für den er den Beklagten haftbar machen wollte, den zunächst eingeklagten Betrag übersteigen, dieser also nur ein Teil dessen sein werde, was er von dem Beklagten beanspruchen wolle. Gleichwohl hat er davon Abstand genommen, den etwaigen Mehrbetrag zum Gegenstand eines Feststellungsantrags zu machen.

In dem Urt. vom 24. März 04 ist auch dahingestellt gelassen worden, ob im Anschluß an die von Rehbein (BGB. 1, 319) vertretene Meinung angenommen werden könnte, daß dann, wenn die nur wegen eines Teils eines Anspruchs erhobene Klage nach ihrer Natur und ihrem Inhalte die Feststellung des ganzen Anspruchs erforderlich mache, auch nach dem jetzigen Rechte die Erhebung der Teilklage die Verjährung des ganzen Anspruchs unterbreche, diese Frage ist aber seitdem mehrfach von dem erkennenden Senate in verneinendem Sinne beantwortet worden (Urt. vom 25. März 07, VI 276/06, abgedruckt in JW. 07, 302 Nr. 5; Urt. vom 15. April 07, VI 331/06), und es liegt kein Anlaß vor, von dieser Auffassung abzugehen. In dem von dem Berufungsgericht angezogenen Urt. des 4. ZS. des RG. vom 23. Okt. 05 (JW. 05, 717 Nr. 5) ist etwas Gegenteiliges nicht ausgesprochen, die erwähnte Frage ist dort vielmehr unentschieden gelassen.

Aus dem weiteren Grunde, aus dem die Vorinstanz die Verjährungseinrede verworfen hat, daß nämlich die Verjährungsfrist für die geforderte Rente erst vom 1. Juli 1904 ab zu berechnen sei, hat nicht beigepflichtet werden können. Wenn nach BGB. § 852 bei Schadenersatzansprüchen aus unerlaubten Handlungen die dreijährige Verjährung erst mit dem Zeitpunkt beginnen soll, in dem derjenige, gegen den die unerlaubte Handlung gerichtet war, von der Person des dafür Haftpflichtigen und von dem Schaden Kenntnis erlangt hat, so ist unter dieser letzteren Kenntnis allerdings nicht schlechthin das Wissen des Verletzten davon, daß er überhaupt geschädigt sei, zu verstehen. Eine solche Handlung kann neben sich sofort zeigenden schädlichen Wirkungen auch erst später hervortretende Folgen haben, die vielleicht auch erst beim Hinzutritt nachträglich eingetretener Umstände, dem Verletzten Nachteile bereiten oder für ihn in einer von ihm von vornherein nicht erkannten Weise schädlich sind. Soweit in solchen Fällen ein erst nachträglich eingetretener Schaden zu dem von Anfang an vorliegenden hinzugetreten ist, oder dem Verletzten eine ihm nachteilige Wirkung der unerlaubten Handlung erst später bekannt oder von ihm als Folge der Handlung erkannt wird, beginnt die Verjährung für den Ersatzanspruch wegen dieser Schäden erst von der Zeit an, wo er Kenntnis von diesem auf die unerlaubte Handlung zurückzuführenden Schaden erlangt (vgl. Mot. zum Entw. des BGB. 2, 742). Auf der anderen Seite ist der Beginn der Verjährung wegen des ganzen Schadens nicht davon abhängig, daß der Verletzte die Höhe des Vermögensnachteils, den er durch die wider ihn begangene widerrechtliche Handlung erleidet, noch nicht zu bestimmen vermag (vgl. auch die Bemerkungen zu BGB. § 852 in dem Planckschen [3. Aufl.] und dem Staudingerschen [2. Aufl.] Kommentar zum BGB. und Dernburg, Das Bürgerliche Recht usw. Bd. 2, 2. Aufl., S. 720 unter II Nr. 6).

Es mag nun in manchen Fällen zweifelhaft sein können, ob ein neu eingetretener bzw. erst neuerkannter Schaden vorliegt, oder nicht, jedenfalls kann dies aber hier bezüglich der dem Kläger nach seiner Angabe in der Zeit vom 1. Juli 1904 an erwachsenen Nachteile nicht angenommen werden. Nach der von ihm selbst bereits in der Klagschrift gemachten, nachmals auch nicht zurückgenommenen Angabe war schon von Anfang an durch den Unfall seine Erwerbsfähigkeit über die Zeit hinaus, welche die Heilung der durch die herabgestürzte Leiter verursachte Wunde erfordert hatte, vermindert und die von ihm geforderte Summe sollte zugleich zur Ausgleichung des durch die Erwerbsverminderung erwachsenen und noch zu erwartenden Schadens dienen, es ist auch nicht festgestellt und auch nicht behauptet, daß sich die Erwerbsfähigkeit des Klägers im Vergleich mit dem Zustande zur Zeit der Klagerhebung nachträglich verringert habe, die Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Lage vom 1. Juli 1904 ab wird vielmehr allein darauf zurückgeführt, daß vor dieser Zeit die durch den Unfall herbeigeführte Minderung seiner eigenen Leistungsfähigkeit durch die von seiner Frau und einer Tochter entfaltete wirtschaftliche Tätigkeit ausgeglichen worden sei, dies aber von jener Zeit an nicht mehr geschehen sei. Der Nachteil, der dem Kläger durch diesen mit dem erlittenen Unfall in keinerlei Zusammenhang stehenden Wegfall der Dienste seiner Angehörigen erwachsen ist, kann als ein neuer Schaden in dem oben bezeichneten Sinne nicht angesehen werden . . .“

125. Schädenanspruch wegen falscher Kreditauskunft; Einwand, daß der Schaden bei Erteilung richtiger Auskunft noch größer gewesen sein würde (BGB. § 249; ZPO. § 304). Urt. vom 2. Dez. 07, VI 79/07.

„. . . Mit Recht macht aber die Revision geltend, daß die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin durch die von der Beklagten erteilte Auskunft ein Schaden entstanden sei, nach Lage der Sache unhaltbar ist. Die Beklagte hat unter Beweisantritt behauptet (Bl. 169, 173, 230 a, b) daß, wenn die Klägerin im Juli 1904 dem J. den Kredit entzogen und ihm weitere Lieferungen nicht gemacht hätte, es bereits damals zur Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen gekommen sein würde, daß damals ebensowenig Masse, aber ein größeres Guthaben der Klägerin vorhanden gewesen sei, als bei dem im November 1904 erfolgten finanziellen Zusammenbruch des J.; hätte also die Beklagte eine wahrheitsgemäße Auskunft erteilt, so würde der Klägerin aus ihrer bisherigen Geschäftsverbindung mit J. ein größerer Schaden entstanden sein, als ihr aus ihrer Geschäftsverbindung seit der Erteilung der Auskunft erwachsen sei. Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen mit Stillschweigen übergangen: es ist aber erheblich. Durch die Auskunft der Beklagten ist die Klägerin zur Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit J. veranlaßt worden, ob ihr hieraus ein Schaden entstanden ist, läßt sich nur beurteilen auf Grund einer Vergleichung der Vermögenslage des J. zur Zeit unmittelbar vor der Erteilung der Auskunft mit der Vermögenslage zur Zeit des im November 1904 erfolgten Zusammenbruchs. Würde eine Entziehung des Kredits durch die Klägerin schon im Juli 1904 den Zusammenbruch des J. herbeigeführt haben und würde das damalige Guthaben der Klägerin, das sie in diesem Fall verloren haben würde, größer oder ebenso groß gewesen sein, wie das Guthaben, daß sie nachmals wirklich eingebüßt hat, so würde ihr durch die Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit J. überhaupt kein Schaden entstanden sein. Jenes ist aber nach der Behauptung der Beklagten der Fall und bei solcher Sachlage kann auch ein Zwischenurteil nach ZPO. § 304 nicht ergehen. Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.“

126. Umfang des Anspruchs auf Schadensersatz für eine zerstörte Sache (BGB. §§ 251, 255). Urt. vom 18. Nov. 07, VI 47/07.

„. . . Dagegen ist die Annahme des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu billigen, daß der Kläger, der den Wert des für seinen wirtschaftlichen Zweck unbrauchbar gewordenen Donkey eingeklagt, sich auf dessen Betrag den Wert der jetzt noch vorhandenen Materialien müsse in Abzug bringen lassen. Ganz abgesehen davon, daß gar nicht festgestellt worden ist, daß der Kläger in die Lage versetzt worden sei, ohne erst weitere Kosten aufwenden zu müssen, über die Trümmer zu verfügen, ist die Entscheidung des Berufungsgerichts in diesem Punkte auch materiellrechtlich zu beanstanden. Es ist für das hier zur Anwendung kommende gemeine Recht ebenso wie jetzt für das Recht des BGB. und wie für das frühere preußische Recht als ein geltender und in der Billigkeit begründeter Satz zu erachten, daß, wer Schadensersatz für eine zu ihrem wirtschaftlichen Zweck durch die Schuld der Beklagten wertlos und unbrauchbar gewordene Sache zu verlangen berechtigt ist, regelmäßig den ganzen Wert der Sache und den Wert der ganzen Sache fordern darf und nur verpflichtet ist, die für ihn wertlos gewordene Sache auf Verlangen dem Schadensersatzpflichtigen zur Verwertung der etwa in irgend einer Weise noch verwendbaren Materialien zur Verfügung zu stellen (vgl. jetzt BGB. §§ 251, 255; dazu Oertmann, R. d. Schuldv., 2. Aufl., Nr. 1 b β zu § 251; Kohler, B. R. Bd. 2 S. 125, für das frühere Recht l. 14 §§ 8, 9, D. 11, 3; RGZ. 38, 17; PrALR. Teil I Tit. 6 § 91). Die Abrechnung des Trümmerwertes von dem Werte der im ganzen dem Kläger zu vergütenden Sache ist deshalb in der angefochtenen Entscheidung zu Unrecht erfolgt . . .“

127. Unfall beim Absteigen von einer Straßenbahn nach gegebenem Haltesignal (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 11. Nov. 07, VI 64/07.

„Das Berufungsgericht erachtet durch die Beweisaufnahme für widerlegt, daß der Straßenbahnwagen gehalten habe, als die Ehefrau des Klägers abzusteigen sich anschickte. Gleichwohl erklärt es die von dem Kläger unter Berufung auf das Zeugnis seiner Ehefrau beantragte Beweiserhebung, daß der Wagen in der Tat gehalten habe, deshalb für unerheblich, weil die Verletzte auch bei letzterer Annahme fahrlässig gehandelt habe. Jene Feststellung und die Begründung dieser Beweisablehnung lassen sich nur in der Weise vereinigen, daß das Berufungsgericht die größere Wahrscheinlichkeit zwar auf der Seite derjenigen Zeugen findet, die von einem Anhalten des Wagens nichts wahrgenommen haben, daß es sich aber eine feste Überzeugung, die auch das Ergebnis einer neuen Beweisaufnahme, allein oder in Verbindung mit den Zeugenaussagen, die bereits bisher das Anhalten bestätigt haben, nicht zu erschüttern vermöchte, noch nicht gebildet hat. Es erachtet den Gegenbeweis an sich für geeignet, eine andere Auffassung des Gerichts von dem Sachvorgange herbeizuführen; es muß deshalb auch darauf eingegangen werden, ob die Begründung, mit welcher ein Verschulden, und zwar ein dem Abspringen während der Fahrt im wesentlichen gleichwertiges Verschulden von dem Berufungsgericht auch in dem Fall angenommen wird, daß der Wagen angehalten habe, rechtlich haltbar erscheint. Das ist aber zu verneinen. Wenn das Berufungsgericht verlangt, daß der Fahrgast, nachdem er durch ein Glockenzeichen das Anhalten des Wagens erbeten, und darauf der Wagenführer den Wagen tatsächlich zum Anhalten gebracht hat, bevor er absteigt, noch weitere Nachforschungen anstellen soll, ob denn das Anhalten auch seinetwegen und auf sein Zeichen hin erfolgt sei, und wenn es in der Unterlassung solcher weiteren Nachfragen ein Verschulden des Fahrgastes, anscheinend sogar ein schweres Verschulden, erblickt, so kann ihm darin nicht beigetreten werden. Der Unfall hat sich bei einer Straßenbahn ereignet, deren Wagen nur von dem Wagenführer, ohne Begleitung eines Schaffners bedient werden, und bei welcher die Einrichtung besteht, daß der Fahrgast, der absteigen will, durch einen Glockenzug seinen Wunsch

zu erkennen gibt. Wenn, nachdem letzteres geschehen, der Wagen anhält, so ist der Fahrgast berechtigt, anzunehmen, daß das Halten geschieht, um ihm das Absteigen zu ermöglichen; weitere Erkundigungen würden mit dem Zwecke einer Straßenbahn, eine schnelle Beförderung zu erzielen, der eine möglichste Abkürzung der Aufenthaltspausen, eine eilige Erledigung des Ab- und Aufsteigegeschäfts bedingt, schlechthin im Widerspruch stehen. In der Unterlassung solcher weiteren Erkundigung kann deshalb ein Verschulden der Ehefrau des Klägers nicht erblickt werden, auch nicht, wenn es bereits Abend, die Ehefrau des Klägers im Orte noch wenig bekannt und mit Gepäck versehen war.

Das weitere Verschulden der Ehefrau des Klägers soll darin bestanden haben, daß sie nach der der Fahrtrichtung entgegengesetzten Seite abgesprungen sei, wie das Berufungsgericht annimmt. Hat der Wagen gehalten, als die Genannte abzusteigen sich anschickte, so kann in dieser Art des Absteigens ein Verschulden überhaupt nicht gefunden werden. Dagegen wird ein Abspringen während der, wenn auch bereits verlangsamten Fahrt, in unverhältnismäßig höherem Grade gefährlich als sonst, wenn der Abspringende die Vorsicht unterläßt, beim Abspringen in der Fahrtrichtung zu bleiben . . ."

128. Nichtanmeldung des dem Verletzten gegen die Berufsgenossenschaft zustehenden Versicherungsanspruchs (BGB. § 254). Urt. vom 25. Nov. 07, IV 153/07.

„. . . Wie in der Vorinstanz wird geltend gemacht, Klägerin habe sich durch Nichtanmeldung des Unfalls bei der Berufsgenossenschaft eines unter BGB. § 254 Abs. 2 fallenden Versehens schuldig gemacht. Der Berufungsrichter hat das deshalb verneint, weil im Falle der Festsetzung einer Versicherungsrente die Berufsgenossenschaft sicher ihren Rückgriff auf den Beklagten genommen haben würde. Das will die Revision nicht gelten lassen, weil es nicht ausgeschlossen sei, daß die Berufsgenossenschaft sich aus Gründen der Billigkeit von einem Vorgehen gegen den Beklagten hätte abhalten lassen oder daß sie die Geltendmachung versäumt hätte. Allein selbst wenn die Voraussetzungen des § 254 sonst vorlägen, was keineswegs zugegeben werden kann, weil die Geltendmachung eines Versicherungsanspruchs noch nicht ohne weiteres als Abwendung oder Minderung des dem Ersatzberechtigten einmal entstandenen Schadens anzusehen ist, so würde immer der vom Berufungsrichter angegebene Gesichtspunkt durchgreifen, daß der Ersatzpflichtige nicht besser gestellt ist, wenn ihm nach geschehener Anmeldung und Rentenfeststellung nunmehr zwei statt eines Gläubigers je für einen Teil der Verpflichtung gegenüberstehen. In welcher Weise der zweite Gläubiger (die Genossenschaft) von ihrem Rechte Gebrauch macht, hat mit der Frage, ob Beklagter durch die Anmeldung entlastet worden wäre, nichts zu tun."

129. Bedeutung der Klauseln „bahnfrei", „waggonfrei" (BGB. § 269). Urt. vom 3. Dez. 07, II 286/07.

„. . . Das Gesetz stellt in BGB. § 269, worüber der Wortlaut des Paragraphen keinen Zweifel läßt, als Regel auf, daß die Leistung an dem Orte zu erfolgen hat, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder, sofern die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden ist, seine gewerbliche Niederlassung hatte. Diese gesetzliche Regel kommt zur Anwendung, wenn nicht etwas anderes bestimmt oder aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist; bei Abschluß von Verträgen können also die Parteien Abweichendes ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, und eine stillschweigende Abänderung und Beseitigung der gesetzlichen Regel wird als vorliegend insbesondere auch dann anzunehmen sein, wenn sich aus dem Gegenstande, den Umständen, der Natur des Schuldverhältnisses ergibt, daß ein anderer als der gesetzliche Erfüllungsort als gewollt zu erachten ist (RGZ. 13, 412). Der Berufungsrichter verkennt dieses nicht; er vermißt nur

den Beweis dafür, daß hier etwas von der gesetzlichen Regel Abweichendes zu gelten habe. Daß eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien über den Ort der Leistung seitens der Beklagten nicht getroffen ist, unterliegt nach den Feststellungen des Berufungsrichters (wie nach dem, den Geschäftsabschlüssen zugrunde liegenden Schriftwechsel der Parteien) keinem Bedenken. Im übrigen kommt nach den Ausführungen des Klägers dafür, daß W. Leistungsort für die Beklagte sei, zunächst die Vertragsabrede: ‚bahnfrei', ‚waggonfrei W.' in Betracht; aber eine derartige Klausel hat, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, in der Regel nur die Bedeutung, daß der Verkäufer die Kosten der Übersendung nach dem Ablieferungsort übernommen hat; es ist aus ihr daher nach der ausdrücklichen Vorschrift in § 269 Abs. 3 noch nicht zu entnehmen, daß W. der Leistungsort der Beklagten hat sein sollen. Und da sich daraus zugleich die Pflicht der Ablieferung der Ware an dem bestimmten Orte (hier W.) ergibt, ist es durchaus erklärlich, daß in dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 9. Sept. 1905 die Ausdrücke ‚Lieferung', ‚Empfangnahme' in W. gebraucht sind, Ausdrücke, die sich zudem nach den Feststellungen des Berufungsrichters auf die Zeit der Vertragserfüllung (September bis Dezember 1905) beziehen und deshalb um so weniger einen Schluß darauf ziehen lassen, daß W. als Leistungsort für die Beklagten hat bestimmt werden sollen ..."

130. Verzug im Falle der Vereinbarung „Lieferzeit ca. 6 Wochen" (BGB. §§ 284, 186, 187, 133, 276, 286). Urt. vom 20. Dez. 07, II 399/07.

„Die Revision ist zulässig, aber sachlich nicht begründet.

Der Berufungsrichter geht davon aus, daß die Lieferung der Träger nach dem Vertrage ‚ca. 6 Wochen' nach der Bestellung zu bewirken war, er findet darin zutreffend keine Zeitbestimmung nach dem Kalender i. S. des BGB. § 284 Abs. 2, denn auch mit Zuhilfenahme des Kalenders und der Bestimmungen in BGB. §§ 186, 187 ff. ist aus ihr allein in klarer, zweifelfreier Weise noch nicht zu entnehmen, zu welchem Zeitpunkt geleistet werden sollte, und eine ausdehnende Auslegung des BGB. § 284 Abs. 2 erscheint nicht angängig (RGZ. 60, 84). Der Berufungsrichter erachtet deswegen zur Inverzugsetzung des Klägers eine Mahnung für erforderlich; er legt dem Schreiben des Beklagten vom 30. April die Bedeutung einer solchen aber nicht bei, weil am 30. April die Fälligkeit der Leistung — unstreitig — noch nicht eingetreten war. Erst in dem Schreiben des Beklagten vom 9. Juni findet der Berufungsrichter eine wirksame Mahnung und Inverzugsetzung des Klägers. Dieses wird von dem Revisionskläger als rechtsirrig gerügt; seine Ausführungen gehen unter Bezugnahme auf die WO. Art. 32, 30 Abs. 2 sowie BGB. §§ 133, 284 dahin: In dem Vertrage — das Bestätigungsschreiben datiert vom 28. März 1906 — sei die Zeit der Leistung ‚lieferbar nach ca. 6 Wochen' zwar nicht buchstäblich, aber doch annähernd und im Resultat nach dem Kalendertag bestimmt; es habe der Gläubiger dann das Recht, schon vor Eintritt des Ablaufs der in Frage kommenden Zeit (hier 15. Mai) den Lieferungstag kalendermäßig festzustellen und die in dem Vertrage liegende Zweideutigkeit zu beheben. Deshalb sei der Brief vom 30. April 1906 — der dem Kläger eine Frist von 3 Wochen, vom 28. April an gerechnet, stellte — nicht wirkungslos gewesen; das Gesetz verlange nur die Bestimmung der Zeit nach dem Kalender, nicht die Leistung auf einen bestimmten Tag. Jedenfalls habe aber spätestens am letzten Mai geliefert werden müssen. — Dem kann nicht beigetreten werden. BGB. § 284 Abs. 1 besagt: ‚Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet.' Wenn es sich dabei für den Schuldner wie hier um eine Verpflichtung aus einem Vertrage handelt, muß auch die Zeit der Leistung vertraglich bestimmt sein; nur die Zeit kommt dann in Frage, die von den Parteien festgesetzt ist. Daraus ergibt sich, daß keine Partei — sofern ihr dieses nicht im Vertrage besonders eingeräumt ist — für sich allein das Recht hat, an der vertragsmäßig fest-

gesetzten Zeit der Leistung irgend etwas zu ändern. Deshalb kann wohl eine Partei der anderen schon zuvor mitteilen, wie sie die betreffende Zeitbestimmung auffaßt, von wann an sie die Fälligkeit der Leistung (d. h. das Recht, dieselbe zu fordern) für gegeben erachtet und demgemäß, wann sie die Leistung fordern wird; sie kann aber dadurch nicht eine nach dem Kalender nicht bestimmte Zeit zu einer kalendermäßig bestimmten machen, und ihre zuvor abgegebene Erklärung, mit welchem Tage sie die Leistung als fällig beanspruchen werde, kann dadurch nicht die Rechtsnatur einer Mahnung annehmen; eine Mahnung, die den Schuldner in Verzug setzen soll, hat nach § 284 Abs. 1 nach dem Eintritt der Fälligkeit zu erfolgen.

Das Berufungsgericht hat danach weder BGB. § 133 noch § 284 verletzt. Die Bestimmungen der WO. Art. 30 Abs. 2, 32 sind hier in keiner Weise von Bedeutung; der erstere schreibt vor, daß, wenn die Zahlungszeit des Wechsels auf Anfang bzw. auf Ende eines Monats gesetzt ist, darunter der erste oder der letzte Tag des Monats zu verstehen ist; Art. 32 trifft nähere Bestimmungen für den Fall, wenn Wechsel mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Sicht oder nach Dato zahlbar sind oder der Ausdruck ‚halber Monat' gebraucht ist.

Der Revisionskläger will dann ferner ev. von dem allgemeinen Gesichtspunkt des Verschuldens aus, auf Grund des BGB. § 276, eine Verpflichtung des Klägers zum Schadensersatz als schon Mitte oder doch jedenfalls Ende Mai 1906 entstanden ableiten, weil nach der Vertragsbestimmung ‚Lieferungszeit ca. 6 Wochen' (in dem Bestätigungsschreiben des Klägers vom 28. März) die Leistung Mitte Mai und jedenfalls Ende Mai fällig gewesen und weil noch der Brief des Beklagten vom 30. April hinzugekommen sei; dem Kläger habe es bekannt sein müssen, daß der Abschluß von Mietverträgen (über die Räume des Neubaues) in Frage stände; er habe daher, ohne ein Verschulden zu begehen, die Lieferzeit nicht in der Weise überschreiten dürfen, wie es geschehen sei. Auch diese Rüge ist nicht begründet. Jedenfalls regelmäßig und ohne weiteres wird der Schuldner um deswillen, weil er nicht mit dem Eintritt der Fälligkeit leistet, noch nicht dafür, daß er erst später leistet, schadensersatzpflichtig; seine Verpflichtung zur Schadensersatzleistung wegen verspäteter Lieferung tritt vielmehr, mindestens regelmäßig erst mit dem Verzuge, und als Folge seines Verzuges, ein (BGB. § 286 Abs. 1). Daß hier etwas anderes hat gelten sollen, ist von dem Revisionskläger in den Instanzen selbst nicht geltend gemacht. Er hat vielmehr seinen Schadensersatzanspruch ausdrücklich und lediglich auf den Verzug des Klägers gestützt."

131. Kuxe neuen Rechts sind „Wertpapiere". Rechte des Verkäufers bei Erfüllungsverweigerung des Käufers (BGB. §§ 284, 326; HGB. §§ 373, 381). Urt. vom 11. Dez. 07, I 146/07.

„. . . Würde hiernach der Kaufvertrag mit voller Rechtswirksamkeit abgeschlossen sein, so fragt sich, ob der weitere Verlauf der Sache den Klagantrag rechtfertigt. Der Berufungsrichter hat die Anwendbarkeit des HGB. § 373 Abs. 2, § 381 verneint, weil Kuxe neuen Rechts nicht unter den Begriff der Wertpapiere fielen. Er befindet sich damit in Widerspruch zu der Ansicht des Reichsgerichts, das wiederholt im entgegengesetzten Sinne entschieden hat (RGZ. 54, 351; vgl. auch RGZ. 47, 106). Indes bedarf die Streitfrage hier keiner Erörterung. Der Berufungsrichter hat weiter erwogen, daß der Klaganspruch auch als Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit Liquidation des Schadens auf der Basis eines Deckungsverkaufs aufgefaßt werden könne; und dagegen walten Bedenken nicht ob (vgl. JW. 03 B. 7 Nr. 16; RGZ. 53, 14 ff.; 57, 107).

Die Voraussetzungen des BGB. § 326, der bei dieser Auffassung anzuwenden ist, sind gegeben. Da W. trotz Angebots der Kuxe durch den vom Kläger beauftragten Bankier S. die Zahlung des Kaufpreises unterließ, geriet

er am 25. August 1903 in Erfüllungsverzug (BGB. § 284). Eine Nachfristbestimmung war, weil er die Erfüllung ernstlich verweigerte, nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Geltendmachung der Rechte nach § 326 Abs. 1 Satz 2 nicht erforderlich. Zwar bestreitet die Revision, daß eine Weigerung stattgefunden habe; das Ergebnis der Unterredung mit S. sei eine Fristbitte W.s gewesen. In der Tat hat S. am 25. August 1903 an den Kläger berichtet, W. habe die Annahme der Kuxe einstweilen abgelehnt und ersucht, sie ihm in acht Tagen nochmals vorzulegen. Aber W. hatte die Schlußnote, die ihm mit Bestätigungsschreiben vom 26. Juni vom Kläger übersandt war, umgehend zurückgesandt und dabei bemerkt, daß er keinen Auftrag erteilt habe; auf eine Ankündigung vom 19. August, die Kuxe würden am 25. durch S. präsentiert werden, Kläger erwarte prompte Zahlung, hatte er geschwiegen; auf ein Schreiben des Klägers vom 26. August ‚ich ersuche Sie nun nochmals, die Kuxe umgehend einzulösen, andernfalls ich solche durch den vereideten Makler Ed. Th. am 3. September an der Düsseldorfer Börse für Sie versteigern lasse. Für den mir ev. entstehenden Ausfall werde ich Sie alsdann gerichtlich belangen' — hatte er gleichfalls nicht geantwortet. In diesem Verhalten W.s durfte der Berufungsrichter eine ernstliche, bestimmte Erfüllungsweigerung erblicken.

Auch davon kann keine Rede sein, daß sich der Kläger durch den Brief vom 26. August den Weg zur Schadensersatzforderung versperrt hätte. Eine unzweideutige Wahl des Erfüllungsanspruchs mit der Erklärung, die Erfüllung durch Selbsthilfeverkauf betreiben zu wollen, ist in dem Briefe nicht zu finden. Der Kläger kann auch an Schadensersatz gedacht haben. Hat er dies getan, so würde der Ausdruck ‚für Sie', wenn im Sinne von ‚für Ihre Rechnung' (HGB. § 373 Abs. 3) gemeint, auf einer Verkennung der Rechtslage beruhen (vgl. RGZ. 61, 281); aber er wäre unverfänglich angesichts der auch von der Beklagten nicht bezweifelten Tatsache, daß die Erzielung eines Überschusses für W., also eines Preises von mehr als insgesamt 17000 ℳ den Umständen nach nicht in Betracht kam. Indes, selbst wenn dies nicht so wäre, wenn der Kläger deutlich erklärt hätte, den Selbsthilfeverkauf nach HGB. § 373 vornehmen zu wollen, könnte gleichwohl der Anspruch auf Schadensersatz geltend gemacht werden. Die Sache liegt anders als bei der Wahl zwischen den Rechten nach BGB. § 326 Abs. 1, die endgültig ist. Während es sich dort um verschiedene Rechte auf Grund ein und desselben Tatbestandes, des Erfüllungsverzugs, handelt, stehen hier verschiedene Tatbestände in Frage, auf der einen Seite der Annahmeverzug, auf der andern der Erfüllungsverzug. Die bloße Androhung, den ersten Tatbestand geltend zu machen, kann für sich allein, so lange nicht etwas weiteres hinzukommt, das Verhältnis noch nicht dauernd festlegen ..."

132. Nichteinhaltung einer Leistungsfrist infolge Streiks; Vorbehalt der Vertragsstrafe (BGB. §§ 285, 341). Urt. vom 3. Dez. 07, VII 109/07.

„... Der Berufungsrichter führt aus, daß er auf Grund der erhobenen Beweise zu der Überzeugung gekommen sei, daß Kläger durch den Anfang Juni 1904 in B. ausgebrochenen Streik der Bauhandwerker in die Unmöglichkeit versetzt sei, die Bauarbeiten so zu fördern, daß das Taxat am 15. Juni 1904 erfolgen konnte, und daß Kläger seinerseits sein Möglichstes getan habe, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Er erwägt ausdrücklich, daß nicht jeder Streik ohne weiteres die Nichteinhaltung einer vereinbarten Frist entschuldige, daß vielmehr nach den Umständen des Falls die Frage zu entscheiden sei, ob der Schuldner die nicht rechtzeitige Leistung zu vertreten habe. Solche besondere Umstände erblickt der Berufungsrichter vorliegend in der großen Kürze der dem Kläger zur Bewirkung der umfangreichen Arbeiten gestellten Frist und vor allem darin, daß Kläger während des Streiks von keinen Baumaterialienhändler in B. Materialien zur Fortführung der Arbeiten bekommen haben würde. Diese von der Revision mit prozessualen Rügen nicht angegriffenen Feststellungen rechtfertigen die Annahme des Berufungsrichters,

daß die Einhaltung der Frist vom 15. Juni 1904 infolge eines Umstandes unterblieben ist, den Kläger nicht zu vertreten hat, daß Kläger deshalb hinsichtlich dieser Frist nicht in Verzug gekommen ist. Damit entfällt aber der auf den Verzug des Klägers gestützte, erste Gegenanspruch ... Der Berufungsrichter sieht als erwiesen an, daß die Beklagten den im wesentlichen fertigen Umbau in der Zeit vom 1. bis 15. Dezember 1904 in Gebrauch genommen haben, und er erblickt hierin eine Annahme der Erfüllung i. S. des BGB. § 341 Abs. 3. Er geht weiter davon aus, daß der in dieser gesetzlichen Bestimmung vorgeschriebene Vorbehalt des Rechts auf die Vertragsstrafe nicht vor und nicht nach, sondern bei der Annahme zu erfolgen habe und daß deshalb der in dem Schreiben der Beklagten vom 10. Januar 1905 erklärte Vorbehalt nicht in Betracht komme. Aus der ganz allgemeinen, trotz richterlicher Aufforderung durch nähere Angaben nicht ergänzten Behauptung, dem Kläger sei die Vertragsstrafe von Juni bis Ende Dezember 1904 wiederholt angedroht, könne nicht entnommen werden, daß gerade in der allein erheblichen Zeit vom 1. bis 15. Dezember 1904 ein den Vorschriften des § 341 Abs. 3 entsprechender Vorbehalt gemacht sei. Diese Ausführungen des Berufungsrichters sind nicht, wie die Revision meint, rechtsirrtümlich, sie beruhen insbesondere nicht auf einer unrichtigen Auffassung der im § 341 Abs. 3 gegebenen Vorschrift. In der vom Berufungsurteil angezogenen Entscheidung hat der erkennende Senat sich bereits dahin ausgesprochen, daß in der Ingebrauchnahme der gelieferten Sache oder Arbeit eine stillschweigende Erfüllungsannahme i. S. des § 341 gefunden werden kann, und weiter, daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe gerade bei dieser Abnahme vorbehalten sein muß, daß ein früher oder später erklärter Vorbehalt den Verlust des Anspruchs nicht hindert. Der Senat hat keine Veranlassung, von dieser seiner Ansicht abzugehen. Der Berufungsrichter hat hiernach mit Recht von den Beklagten die Darlegung verlangt, daß sie gerade in der Zeit vom 1. bis 15. Dezember 1904 einen Vorbehalt der Vertragsstrafe erklärt haben. An einer solchen Darlegung haben es aber die Beklagten fehlen lassen ..."

133. Notwendigkeit der Beurkundung des Kaufpreises bei einem Grundstückskauf (BGB. § 313). Urt. vom 21. Dez. 07, V 520/07.

„Die Revision sucht in längeren Ausführungen darzulegen, daß zur Wahrung der Formvorschrift des BGB. § 313 die Angabe, daß der Kaufpreis bezahlt sei, genügt habe; der Angabe, wie dies geschehen sei, habe es nicht bedurft. Selbst im Falle einer Verschleierung des Kaufpreises würde der Vertrag nicht formungültig sein. Tatsächlich seien aber die Parteien wie über den Kaufpreis so auch über die Art seiner Belegung ganz einverstanden gewesen. Nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsteile habe der Kaufpreis 5000 ℳ betragen; man habe sich auf diesen niedrigen Betrag geeinigt, weil nach beiderseitigem Einverständnis die Belegung des Kaufpreises durch die Abtretung der Hypothek habe erfolgen sollen. Die Preisfestsetzung habe nur eine formelle Bedeutung gehabt. Die genaue Angabe des Kaufpreises sei kein zwingendes Recht; nicht darauf komme es an, daß alle Elemente des Kaufs in dem Vertrage enthalten seien, sondern nur darauf, daß die Parteien ihren Veräußerungswillen vor dem Notar erklärt und haben beurkunden lassen. In der gleichen Form sei sogar eine Schenkung der Grundstücke möglich gewesen.

Diese Ausführungen sind unzutreffend und nicht geeignet, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung der Sachlage zu führen, als sie in dem Versäumnisurteile des erkennenden Senats bereits gegeben ist. Dort ist im Anschluß an die feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts dargelegt, daß bei Grundstücksveräußerungen, wenn anders der Vertrag der Formvorschrift des BGB. § 313 entsprechen soll, auch das vertragsmäßig zu gewährende Entgelt der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Hieran fehlt es. Die Kläger wollten die Besitzung nicht für 5000 ℳ verkaufen, sondern sie gegen die Hypo-

thek von 29600 ℳ austauschen. Das Geschäft, wie es von den Parteien gewollt war, hat in der Vertragsurkunde keinen Ausdruck gefunden, und der Vertrag entbehrt daher der gesetzlich vorgeschriebenen Form."

134. Formerfordernis bei den vor Anlegung des Grundbuchs geschlossenen Verträgen über Veräußerung von Grundstücken; Eintragung in das bayerische Hypothekenbuch; Formverletzung durch Angabe eines zu niedrigen Kaufpreises (BGB. §§ 313, 125, 139, 515, 925; EGBGB. Art. 170; BayNotG. vom 10. Nov. 61 Art. 14). Urt. vom 22. Nov. 07, II 224/07.

„Der Berufungsrichter nimmt an, daß der notarielle Vertrag vom 10. Dezember 1902 ein Kaufvertrag und kein Tauschvertrag sei. Die Klägerin versucht auf Grund des Beweisergebnisses darzulegen, daß ein Tauschvertrag und kein Kaufvertrag vorliege. Durch diesen Angriff soll dem weiteren Angriff, daß der Gegenwert des hingegebenen Grundstücks (die Interimsscheine) nicht in dem nach BGB. § 313 Satz 1 zu beurkundenden Tauschvertrag aufgeführt, der Tausch also nach BGB. §§ 515, 125 mangels der vorgeschriebenen Form nichtig sei, der Weg eröffnet werden. Das Landgericht nimmt hier Art. 14 des BayNotG. vom 10. Nov. 61 als maßgebend an, während der Berufungsrichter, ohne Begründung zu geben, die Rechtslage im Hinblick auf BGB. § 313 Satz 1 prüft.

Der Standpunkt des Berufungsrichters ist der zutreffende. Nach Bek. des bayr. Justizministers vom 10. Jan. 05 (BayJMBl. 05, 7) ist die Anlegung des Grundbuchs für W. am 1. Februar 1905 als erfolgt anzusehen. Der streitige Vertrag ist vor dieser Zeit, jedoch nach dem 1. Januar 1900 abgeschlossen. Solche Verträge über Veräußerung von Grundstücken unterliegen in der Zwischenzeit vom Inkrafttreten des BGB. bis zur Anlegung des Grundbuchs nach EGBGB. Art. 170 hinsichtlich der Form dem BGB. § 313 Satz 1 und nicht dem angegebenen BayG. Art. 14 (RGZ. 64, 35). Der Berufungsrichter hat nicht geprüft, ob nicht etwa eine Heilung des von der Klägerin behaupteten Formverstoßes nach BGB. § 313 Satz 2 stattgefunden hat. Unter der Herrschaft des BGB. würde nämlich ein Grundstückstausch wie auch ein Grundstückskauf seinem ganzen Inhalt nach, also auch mit dem nur mündlich Vereinbarten aber nicht Beurkundeten, gültig, wenn die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgte und zur Zeit der Auflassung noch Willenseinigung vorhanden war. Der Vertrag ist am 7. Januar 1903 zum Hypothekenbuch Sch.-Vorstadt eingetragen. Das bayr. Hypothekenbuch ist aber kein Grundbuch im Sinne des BGB. Die Eintragung in das bayr. Hypothekenbuch ist nicht zur Herstellung des Eigentumsüberganges bestimmt (Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht S. 285; Henle, Die Anlegung des [bayerischen] Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins, 2. Aufl., S. 1 ff.).

Wenn man auch die in dem notariellen Kaufvertrag enthaltenen Erklärungen in Verbindung mit der nach bayr. Recht den Eigentumsübergang bewirkenden Übergabe des Grundstücks als der Auflassung i. S. des BGB. § 313 Satz 2, § 925 gleichwertig betrachten könnte, so fehlt es doch an der nach BGB. § 313 Satz 2 weiter erforderlichen Eintragung als einer Eigentum verschaffenden Maßregel. Die in der Literatur vertretene gegenteilige Ansicht (Jakubetzki in den Blättern für Rechtsanwendung 68, 452) ist daher nicht zu billigen. So hat auch bereits der 5. ZS. in seinem Urt. vom 8. Juni 04, V 258/04 ausgesprochen, daß für den Oberlandesgerichtsbezirk A., solange das Grundbuch nicht für angelegt erklärt ist, der Satz 2 des BGB. § 313 weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist (vgl. RGZ. 64, 39). Denselben Standpunkt hat der 5. ZS. in seinem Urt. vom 11. Juli 06, V 577/05 für solche Fälle eingenommen, in denen eine Eigentumsübertragung nach dem HessG. vom 21. Febr. 52 stattgefunden hatte.

Es kommt somit darauf an, ob ein Tauschvertrag vorliegt; denn wenn dies zuträfe, so würde der Vertrag in einem wesentlichen Punkte, wie Klägerin

mit Recht geltend macht, mangelhaft beurkundet und daher nichtig sein; eine Heilung gemäß BGB. § 313 Satz 2 war nicht möglich ... Aber auch der Kaufvertrag würde wegen Verstoßes gegen BGB. § 313 Satz 1 nichtig sein, wenn in Wahrheit ein Kaufpreis von 800000 ℳ vereinbart worden wäre. Denn unter dem Formzwange des BGB. § 313 Satz 1 steht der ganze Kaufvertrag mit allen Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragschließenden der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll (RGZ. 51, 181; 64, 40). Hätten die Parteien einen Kaufpreis von 800000 ℳ vereinbart, dieser Vereinbarung aber hinzugefügt, es solle zur Umgehung der Besteuerung bezüglich 100000 ℳ in dem notariellen Vertrag nur ein Kaufpreis von 700000 ℳ beurkundet werden, so würde der notarielle Vertrag in einem wesentlichen Punkt, nämlich hinsichtlich der Höhe des Kaufpreises absichtlich anders niedergeschrieben worden sein, als die Vereinbarung lautete. Der Vertrag wäre, da er ein einheitlicher Vertrag war, in allen seinen Teilen nichtig (BGB. §§ 125, 139) ..."

135. Billiges Ermessen, sachverständiges Ermessen, freies Belieben (BGB. §§ 319, 317). Urt. vom 13. Nov. 07, I 67/07.

„... Die Revision macht geltend, daß ein Fall des BGB. § 319 überhaupt nicht vorliege, da nach dem Vertrage W. und F. nicht nach billigem, sondern nach sachverständigem Ermessen hätten entscheiden sollen. Billiges Ermessen und sachverständiges Ermessen sind indes keine Gegensätze. Den Gegensatz zu dem billigen Ermessen, wovon § 319 Abs. 1 handelt, bildet das ‚freie Belieben', wovon in Abs. 2 die Rede ist. Es ist dieselbe Unterscheidung, die das gemeine Recht mit den Begriffen arbitrium boni viri und arbitrium merum verknüpfte. Nach BGB. § 317 Abs. 1 aber ist der Vertrag mit Recht in dem Sinne ausgelegt worden, daß es auf billiges Ermessen ankommen sollte, und zwar auf das billige Ermessen sachverständiger Personen ..."

136. Anzeige und Genehmigung der Schuldübernahme nach Weiterveräußerung des Pfandgrundstücks durch den Erwerber und nach Ausfall der Hypothek infolge Zwangsversteigerung (BGB. §§ 416, 415). Urt. vom 4. Dez. 07, V 189/07.

„Der Berufungsrichter stellt zunächst fest, daß die persönliche Haftung des T. aus der Darlehnshypothek, in welche die Beklagten durch die Schuldübernahme bei Erstehung des verpfändeten Grundstücks als Gesamtschuldner eingetreten sind, zwar den Zwangsvergleich in dessen Konkurse auf 27½% der Darlehnssumme herabgemindert worden ist, aber immerhin noch den eingeklagten Betrag erreicht. Sodann verwirft er den Einwand der Beklagten, daß schon ihre Weiterveräußerung des Grundstücks vor der Mitteilung von der Schuldübernahme an die Klägerinnen die Möglichkeit einer Genehmigung der Schuldübernahme durch die Klägerinnen ausgeschlossen habe. Er tritt in dieser Beziehung der diese Frage betreffenden Entscheidung des erkennenden Senats (RGZ. 56, 200) bei, an der festgehalten wird und die auch von der Revision nicht angegriffen worden ist. Aber auch dem Umstande wird vom Berufungsrichter keine Bedeutung beigemessen, daß vor der Mitteilung von der Schuldübernahme die Hypothek bereits ausgefallen war. Dies wird damit begründet, daß der Wortlaut des Gesetzes (§ 416 Abs. 1 Satz 1) ein Fortbestehen der Hypothek bis zur Mitteilung von der Schuldübernahme nicht verlange und keinen Endtermin für die Zulässigkeit der Mitteilung vorschreibe, sondern nur voraussetze, daß die Hypothek zur Zeit der Schuldübernahme bestand; daß ferner aber auch innere Gründe gegen eine andere Auslegung des Gesetzes sprächen. Diese werden darin gefunden, daß die Vorschrift des § 416 den Veräußerer vor der Gefahr einer zweimaligen Bezahlung der Schuld schützen solle, die so lange vorhanden sei, als die persönliche Schuld fortdauere, und daß andererseits der Schuldübernehmer, der dem Veräußerer gegenüber zu dessen Befreiung von der persönlichen Haftung verpflichtet sei, nicht in eine

schlimmere Lage komme, wenn er statt dessen unmittelbar Schuldner des Gläubigers werde.

Nun mag darüber gestritten werden können, ob für den in § 416 behandelten Fall der Übernehmer von Hypothekschulden durch Vertrag mit dem Schuldner die dortigen Vorschriften auch dann noch maßgebend sind, wenn die Hypothek inzwischen weggefallen ist, oder ob dann der § 415 in Anwendung kommt, der die Übernahme einer bloß persönlichen Schuld durch Vertrag mit dem Schuldner regelt. Es kann dies dahingestellt bleiben, denn daß die Mitteilung von der Schuldübernahme durch den Veräußerer und in der nach § 416 vorgeschriebenen Form erfolgt ist, hat der Berufungsrichter festgestellt, dies ist auch nicht streitig, ebensowenig ist aber bestritten, daß die Gläubiger, Klägerinnen, die ihnen mitgeteilte Schuldübernahme gegenüber den Veräußerern, also sowohl nach § 416 wie nach § 415 in gültiger Weise (vgl. § 182), genehmigt haben, so daß nicht erst in Frage kommen kann, ob ein Schweigen auf die Mitteilung die Folgen des § 416 oder die des § 415 nach sich gezogen haben würde. Mit Unrecht wird aber von den Beklagten bestritten, daß eine Genehmigung ihrer Schuldübernahme überhaupt nicht zulässig gewesen sei. Auch wenn mit dem Berufungsrichter angenommen wird, daß nur der § 416, nicht der § 415 anwendbar sei, muß ihm in seiner Begründung der getroffenen Entscheidung lediglich beigetreten werden. Ganz abgesehen von dem Wortlaut des § 416 fehlt es durchaus an inneren Gründen, die der abweichenden Auffassung der Beklagten das Wort reden könnten.

Die Gefahr der doppelten Zahlung, einmal durch Kürzung im Kaufpreise und dann noch einmal bar auf persönliche Klage des Gläubigers, besteht für den Veräußerer fort, solange nicht die Hypothek bezahlt worden ist. Sollte diese Gefahr beseitigt werden, wie es der letzte und Hauptzweck der Vorschriften des § 416 ist, so mußte dem Veräußerer das dort gegebene Mittel, seine persönliche Haftung zu lösen, während der ganzen Dauer der Gefahr belassen werden. Das enthält auch keine Unbilligkeit gegen den Schuldübernehmer. Gewiß hat auch er ein Interesse daran, im Fall der Weiterveräußerung des Grundstücks von der persönlichen Haftung für die vom neuen Erwerber in Abrechnung auf den Kaufpreis übernommenen Hypotheken frei zu werden. Das Gesetz hat ihm aber in § 416 Abs. 3 auch ein Mittel dafür an die Hand gegeben, indem er von seinem Veräußerer verlangen kann, daß dieser die Mitteilung von der Schuldübernahme der Vorschrift in Abs. 1 gemäß an den Gläubiger beschaffe, um dadurch seinerseits in ein persönliches Schuldverhältnis zum Gläubiger und so zu der Möglichkeit zu gelangen, sich davon auf dem in Abs. 1 gewiesenen Wege wieder zu befreien. Macht der Schuldübernehmer von diesen Mitteln keinen Gebrauch, so muß er die Folgen hinnehmen, die übrigens im vorliegenden Fall insofern keine besonders üblen gewesen sind, als durch Verzögerung der Mitteilung erst die Herabminderung der persönlichen Schuld durch den Zwangsvergleich im T.schen Konkurse ermöglicht worden ist. Weil die Beklagten die Beschaffung der Mitteilung von ihrer Schuldübernahme an die Klägerinnen nicht früher betrieben haben, tragen sie auch selbst die Verantwortung dafür, daß sie nach wie vor ihrem Veräußerer gegenüber verpflichtet geblieben waren, die Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen (§ 415 Abs. 3). Daß diese Verpflichtung eine Verschärfung dadurch erfahren hätte, daß sie jetzt, infolge der Genehmigung ihrer Schuldübernahme, dem Gläubiger unmittelbar gegenüber zur Zahlung verpflichtet sind, wird mit Recht vom Berufungsrichter verneint; die Revision hat auch gar nicht versucht, dies zu bestreiten ..."

137. Rücktritt des Verkäufers vom Sukzessivlieferungsvertrage (BGB. §§ 454, 325, 326). Urt. vom 10. Dez. 07, II 310/07.

„... Die Entscheidung wird von der Revisionsklägerin mit Recht als rechtsirrig bekämpft. Dem Berufungsurteile scheint die irrige Annahme zugrunde zu liegen, die Beklagte habe auch in Ansehung des bereits erfüllten

Teiles des Vertrages hiervon zurücktreten wollen; in Wahrheit hat sie jedoch ihren Rücktritt vom Vertrage nur rücksichtlich des noch nicht erfüllten Teiles erklärt. Daß dies ihre wahre Willensmeinung war, darüber läßt der angeführte Inhalt ihres Schreibens vom 12. Juni 1906, in Verbindung mit der Klagebeantwortung, keinen Zweifel zu. Bezüglich der noch ausstehenden Lieferungen wurde aber ihr Recht zum Rücktritte vom Vertrage wegen Zahlungsverzuges der Klägerin durch BGB. § 454 nicht ausgeschlossen. Es handelt sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag, der die Lieferung einer teilbaren Ware zum Gegenstande hat und durch die Lieferung vom 14. Mai 1906, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, quantitativ nur teilweise erfüllt ist. BGB. § 454 trifft eine Sondervorschrift für den Fall, daß der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat. In diesem Falle steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu. Die (durch die 2. Kommission, Prot. II, 694 ff. eingestellte) Vorschrift bezweckt den Schutz der vom Käufer über den Kaufgegenstand getroffenen Verfügungen. Der Käufer, dem die Kaufsache vollständig übertragen und der Kaufpreis gestundet ist, soll sicher über die Sache verfügen können und aus Rücksichten der Billigkeit und im Interesse des Verkehrs dagegen gesichert sein, daß er seine tatsächlichen oder rechtlichen Verfügungen wieder rückgängig machen oder wegen derselben Schadensersatz leisten muß. In der Entscheidung (RGZ. 50, 138) hat der 5. ZS. erwogen, nach seinem klaren Wortlaute begreife § 454 nur den Fall der Vollerfüllung, und wenn man vielleicht auch anzunehmen haben möchte, daß die Unterlassung unerheblicher Erfüllungsteile dem Verkäufer das Rücktrittsrecht erhalte, so erscheine es doch keinenfalls zulässig, eine Erfüllung i. S. des § 454 anzunehmen, wenn der wesentlichste Teil einer solchen, z. B. die Auflassung, noch ausstehe. Eine nur teilweise Erfüllung in qualitativer Hinsicht wird allerdings zur Anwendung des BGB. § 454 nicht genügen. Ob jedoch der § 454 nicht wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grundes auch dann anwendbar und folgeweise das Rücktrittsrecht des Verkäufers bezüglich des verkauften und übergebenen Teiles einer Ware ausgeschlossen wäre, wenn der Vertrag teilbar, ein Teil einer teilbaren Ware voll erfüllt und der Kaufpreis für den erfüllten Teil gestundet wäre, diese Frage bedarf nach Lage des Falles der Entscheidung nicht. Denn jedenfalls verbietet die Natur des § 454, als einer Ausnahmevorschrift, seine Anwendung weiter auszudehnen und demgemäß das Rücktrittsrecht des Verkäufers weiter auszuschließen, als der Grund und Zweck der Vorschrift es erfordert. Dieser aber erfordert die Ausschließung des Rücktrittsrechts nur bezüglich des erfüllten Teiles; es liegt kein Grund vor, eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der §§ 325 und 326 auch bezüglich des nicht erfüllten Teiles anzunehmen. Im Gegenteil erfordern das Verkehrsbedürfnis und billige Rücksicht auf die Interessen des Verkäufers die Zulassung des Rücktrittsrechts insoweit, als der Vertrag noch nicht erfüllt ist. Dies gilt namentlich bei einem Sukzessivlieferungsvertrage bezüglich der noch ausstehenden Lieferungen. Hiernach beruht die angefochtene Entscheidung, die das Rücktrittsrecht der Beklagten grundsätzlich bloß unter Anwendung des BGB. § 454 verneint hat, ohne überhaupt in eine Erörterung der Frage einzutreten, ob die sonstigen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts der Beklagten nach Lage des Falles und abgesehen von dem § 454 gegeben wäre, auf einer Verletzung dieses Paragraphen. Daher war das Berufungsurteil aufzuheben und die noch nicht spruchreife Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz war dem künftigen Endurteile vorzubehalten."

138. Zum Begriff der „Unerheblichkeit" eines Mangels (BGB. § 459). Urt. vom 24. Nov. 07, V 403/07.

„. . . Nicht beizupflichten ist endlich der Ausführung, daß die Trockenfäule **keinen erheblichen Mangel i. S. des BGB. § 459 darstelle. Es ist festgestellt,**

daß durch den Mangel der Wert der Häuser um 5000 ℳ herabgesetzt wird. Dies ist erheblich. Das Berufungsgericht hat die Größe des Mangels mit dem Werte der davon betroffenen Gebäude verglichen, und es ist hiernach zur Verneinung der Frage der Erheblichkeit gelangt.

Im Sinne des Gesetzes aber war nicht zu prüfen, ob der Mangel verhältnismäßig, sondern nur, ob er an sich erheblich war (vgl. Urt. des RG. vom 15. April 05 in SeuffA. 60 Nr. 143) ..."

139. Praktische Unbrauchbarkeit der einem verkauften Patente zugrunde liegenden Erfindung kein Gewährsmangel; Verjährung des Gewährsanspruchs (BGB. §§ 459, 477). Urt. vom 7. Dez. 07, I 145/07.

„... Mit der Einrede der praktischen Unbrauchbarkeit soll ein Mangel des Kaufgegenstandes gerügt und darauf ein Anspruch nach BGB. §§ 459 ff. gestützt werden. Mit Recht hat aber schon der Berufungsrichter bemerkt, daß gemäß BGB. § 477 Verjährung eingetreten wäre. Daß dem Kläger der Mangel bekannt gewesen sein soll, würde nicht genügen, um die Verjährung auszuschließen, vielmehr müßte hierfür der Kläger den Mangel arglistig verschwiegen haben, was vom Berufungsgericht aber nicht festgestellt ist und nach seiner tatsächlichen Beurteilung auch nicht festgestellt werden könnte. Es bedarf hiernach keiner Entscheidung der Frage, ob BGB. §§ 459 ff. überhaupt auf Patentkäufe anwendbar sind.

Es trifft aber auch zu, daß die ‚praktische Unbrauchbarkeit' der Erfindung nicht als ein Fehler des verkauften Patentes i. S. des BGB. § 459 angesehen werden könnte. Es ist keineswegs stillschweigende Bedingung des Patentkaufes, daß die zugrunde liegende Erfindung gewerblich brauchbar ist, vielmehr wird hierfür nur im Falle besonderer Zusicherungen gehaftet. Nach dem Vertrage vom 10. Dez. 03 ist aber keinerlei Gewähr für die gewerbliche Brauchbarkeit der Erfindung übernommen. Garantiert ist nur in gewissen Grenzen der rechtliche Bestand des Patentes; § 9 des Vertrages besagt, daß mündliche Vereinbarungen neben diesem Vertrage nicht bestehen sollen; damit ist für etwaige mündliche Zusicherungen die Gewährleistung ausdrücklich abgelehnt. Auch die zweite Einrede der Beklagten ist somit einwandfrei verworfen worden."

140. Kauf nach Probe; geringfügige Abweichungen der gelieferten Ware von der Probe (BGB. §§ 494, 459, 242, 133, 157). Urt. vom 13. Dez. 07, II 301/07.

„... Freilich sind bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen (BGB. § 494) und der Verkäufer hat regelmäßig für die zugesicherten Eigenschaften zu haften (§ 459 Abs. 2). Ob aber bei einem Kaufe nach Probe ein absolute Übereinstimmung von Probe und Lieferung vorhanden sein muß oder ob unwesentliche, geringfügige Abweichungen gestattet sind, richtet sich nach den Umständen des Falles und ist nach diesen in Gemäßheit des BGB. §§ 242, 133, 157 zu beurteilen (JW. 99, 101 Nr. 41; RGZ. 47, 135/36). Der Berufungsrichter hat nun im vorliegenden Falle angenommen, daß (äußersten Falles) eine so geringfügige Abweichung vorliege, daß sie nach der Anschauung des Verkehrs nicht in Betracht käme. Das ist nach dem Vorbemerkten nicht rechtsirrtümlich."

141. Bedingte Abtretung eines Anspruches als vollzogene Schenkung (BGB. §§ 516, 518). Urt. vom 7. Dez. 07, V 208/07.

Ende 1901 plante der preußische Eisenbahnfiskus den Bau einer Nebenbahn von Sch. nach J. Der klagende Kreis erbot sich zur unentgeltlichen Beschaffung des Grund und Bodens oder zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Grunderwerbs.

Der Beklagte stellte seinerseits die privatschriftliche Erklärung vom 2. November 1901 aus, in der er sich dem jetzt klagenden Kreise gegenüber verpflichtete, das auf seinem Rittergute zu dem Bahnbau erforderlich werdende Terrain unentgeltlich herzugeben. Am 25. Juni 1902 gab dann der Beklagte noch eine hinsichtlich der Unterschrift notariell beglaubigte Zusatzerklärung ab, in der es heißt:

„Wenn der Kreis Sch. den Grund und Boden nicht selbst für den Fiskus erwirbt, sondern statt dessen eine Pauschalentschädigung zu zahlen sich entschließt, so trete ich hiermit den zwischen mir und dem Fiskus vereinbarten Kaufpreis für das von mir erforderte Terrain an den Kreis Sch. ab."

Der Beklagte hat dann den Grund und Boden unmittelbar an den Fiskus abgetreten; die Entschädigung ist durch Beschluß des Bezirksausschusses auf 9633 ℳ 37 ₰ festgesetzt worden.

Mit der Klage beansprucht der Kreis die Abtretung dieses Betrages.

Das Landgericht hat den Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt, das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Es kann unerörtert bleiben, ob die Urkunde vom 2. November 1902 den bestehenden Formvorschriften entsprach und daher ausreichte, um den Beklagten rechtswirksam zur Abtretung des für den Bahnbau erforderlichen Grund und Bodens zu verpflichten. Der Beklagte hat nachträglich noch die Urkunde vom 26. Juni 1902 ausgestellt, und hiernach ist der Klageanspruch begründet. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts stehen beide Urkunden miteinander nur in einer rein äußerlichen Verbindung, inhaltlich enthalten sie selbständige und voneinander unabhängige Erklärungen; die Abtretung des Kaufpreises ist unabhängig von der Verpflichtung zur unentgeltlichen Hergabe des Grund und Bodens erfolgt. Diese Feststellung ist wesentlich tatsächlich und unterliegt als solche nicht der Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Die Urkunde vom 26. Juni enthält nun aber nicht ein bloßes Schenkungs**versprechen**. Der Beklagte hat für den Fall, daß der Eisenbahnfiskus unmittelbar den Grund und Boden erwerben und der Kreis alsdann nur eine Pauschalentschädigung zu zahlen haben sollte, die Erklärung abgegeben, daß er

‚hiermit den zwischen ihm und dem Fiskus vereinbarten Kaufpreis für den Grund und Boden an den Kreis abtrete'.

Diese Erklärung enthält ihrem klaren Wortlaute nach eine bedingte Abtretungserklärung. Wollte man auch unterstellen, daß die Leistung als Schenkung i. S. von BGB. § 516 gewollt ist, so würde nicht ein Schenkungsversprechen, sondern eine vollzogene Schenkung vorliegen. Für letztere erfordert aber das BGB. — § 518 — gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht. Hiernach liegt die von der Revision gerügte Verletzung des BGB. §§ 516, 518 nicht vor, indem die bedingte Abtretung in jedem Falle formlos gültig war."

142. Sind Dienstverträge, die einseitig auf Lebenszeit eines Vertragsteils geschlossen sind, nichtig? (BGB. § 624; HGB. § 69). Urt. vom 3. Dez. 07, III 180/07.

„. . . Richtig ist, daß die Vorschriften des neuen HGB. § 69, weil sie wesentlich sozialpolitischen Gründen ihre Entstehung verdanken, sog. **ausschließlichen Charakters** sind, d. h. rückwirkende Kraft auch gegenüber schon unter der Herrschaft des früheren Rechts geschlossenen Verträgen äußern (vgl. Staub, 7. Aufl., Anm. 9 zu § 69 des neuen HGB. und Anm. 10, 11 der Allgemeinen Einleitung). Das nämliche muß auch von dem BGB. § 624 gelten. Unrichtig aber ist es, daraus zu folgern, wie es die Revision tut, daß Dienstverträge, die einseitig auf die Lebenszeit des einen Vertragsteils geschlossen worden, **nichtig** seien. Das Gesetz selbst bestimmt ja eben in dem BGB. § 624, daß solche Verträge nach Ablauf von fünf Jahren unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten von dem **Dienstverpflichteten** — also nicht

von dem Dienstberechtigten — gekündigt werden können. Der Dienstvertrag soll also im übrigen durchaus zu Recht bestehen. Auch die von der Revision angezogene Begründung zu dem entsprechenden § 564 des ersten Entwurfs des BGB. besagt ausdrücklich: ‚Sozialpolitische und volkswirtschaftliche Gründe sind es, welche es verbieten, eine über eine gewisse Zeit hinausgehende dauernde Fesselung zuzulassen. Sie zwingen jedoch keineswegs, Verträge der in Rede stehenden Art für nichtig zu erklären. Von einer solchen Regelung ist um so mehr abzusehen, als sie offensichtlich die empfindlichsten Nachteile mit sich bringen würde' (vgl. Motive zu dem Entwurfe des BGB. II, 466). Ebensowenig war aber der Vertrag deshalb nichtig, wie die Revision schließlich meint, weil er gegen die guten Sitten verstieß. Die von dem Berufungsgerichte in dieser Beziehung gegebenen Entscheidungsgründe lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Daß der Vertrag nach der ihm von dem Berufungsgerichte gegebenen Auslegung den Prinzipal seinen Untergebenen mit gebundenen Händen ausliefere, wie die Revision behauptet, läßt sich nicht erkennen. Warum die nach der Auslegung des Gerichts in dem Vertrage bestimmte formelle Entscheidung der Medizinalbehörde darüber, daß der Kläger sich solcher Verfehlungen in seiner Berufsführung schuldig gemacht habe, daß seine Entfernung zur Sicherung des Publikums gegen Gefahren notwendig sei, als Voraussetzung für die Aufhebung des Dienstverhältnisses gegen Treu und Glauben, gegen die guten Sitten und die öffentliche Sicherheit verstoßen soll, ist nicht einzusehen, und es ist deshalb mit Recht davon abgesehen worden, Beweis über die angeblichen Verfehlungen des Klägers in seiner Dienstführung zu erheben . . ."

143. **Verzicht auf Widerruf des Mäklerauftrages** (BGB. § 652). Urt. vom 6. Dez. 08, III 468/07.

„. . . Hat aber der Beklagte lediglich auf sein Widerrufsrecht verzichtet, so hat er nur dann den Mäklerlohn zu zahlen, wenn ein Kaufvertrag überhaupt zustande gekommen ist; dies ist unstreitig nicht der Fall gewesen. Es ist nicht richtig, daß aus dem bloßen Verzicht auf den Widerruf die Verpflichtung des Auftraggebers folge, auch im Falle des Nichtzustandekommens eines Kaufgeschäfts den Mäklerlohn zu zahlen; in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist dies nicht enthalten."

144. **Gesellschaftsvertrag oder Mäklervertrag? Tätigwerden des Mäklers für den Vertragsgegner** (BGB. §§ 652, 654). Urt. vom 13. Dez. 07, III 202/07.

„Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß zwischen dem Rechtsvorgänger des Klägers — Landmesser R. — und dem Beklagten nicht ein Gesellschaftsvertrag, sondern ein Mäklervertrag abgeschlossen ist. Die Verpflichtung des R. ging dahin, dem Beklagten möglichst günstige Grundstücke nachzuweisen und den Ankauf im Interesse des Beklagten zu vermitteln, ferner die Aufteilung derselben vorzubereiten, Käufer heranzuschaffen, und den Verkauf im Interesse des Beklagten zu vermitteln. Von dem durch Landverkäufe erzielten Gewinn sollte R. einen Anteil erhalten, der auf 33⅓ % festgesetzt, später auf 20 % ermäßigt wurde. Zur Begründung eines Gesellschaftsvertrags würde erforderlich gewesen sein, daß beide Teile gegenseitig verpflichtet wurden, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in bestimmter Weise zu fördern (Urt. des RG., 1. ZS., vom 19. Nov. 04, JW. 05, 73 Nr. 7). Der Kläger hat aber nach dem Tatbestand des Berufungsurteils selbst angeführt, daß der Beklagte hinsichtlich des Ankaufs und Verkaufs der Grundstücke vollständig freie Hand gehabt habe, und das Berufungsgericht stellt fest: Der Beklagte habe ganz nach seinem Belieben den Ankauf und den Verkauf der Grundstücke vornehmen und unterlassen können; seine Ver-

pflichtung gegenüber dem R. habe sich darauf beschränkt, diesem einen Anteil von dem erzielten Gewinn herauszugeben; an den Verlusten habe R. nicht beteiligt sein sollen. Die Revision versucht, aus dem auf Gewinnerzielung gerichteten Zweck des Vertrages und aus der Beteiligung des R. an dem Gewinn eine Verpflichtung des Beklagten zur Vornahme der Verkäufe herzuleiten. Diese Ausführung richtet sich aber lediglich gegen die tatsächliche Beurteilung des Berufungsgerichts und weist einen Rechtsirrtum nicht nach.

Verfehlt ist auch der Einwand der Revision, daß BGB. § 654 unrichtig angewendet sei. Das Berufungsgericht stellt fest, daß R. bei dem Beklagten nach dem Inhalt des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses eine Vertrauensstellung bekleiden und verpflichtet sein sollte, seine ganze Tätigkeit auf dem im Vertrage bestimmten Gebiet ausschließlich in den Dienst des Beklagten zu stellen, daß er aber gegen diese Verpflichtung fortgesetzt in gröblicher Weise verstoßen hat, indem er sich in mehreren Fällen von den für die Vertragsgegner des Beklagten tätigen Mäklern einen Anteil an deren Provision zusichern und auszahlen ließ, und daß er bei Vermittlung dieser Rechtsgeschäfte dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den andern Teil tätig gewesen ist. Hiernach hat das Berufungsgericht mit Recht den Anspruch des Klägers auf Mäklerlohn für ausgeschlossen erachtet. Die Behauptung der Revision, daß BGB. § 654 unanwendbar sei, weil der Kläger von dem Vertragsgegner keinen Auftrag erhalten habe, ist unzutreffend."

145. Verabredung des Mäklers des Verkäufers mit dem Käufer zwecks Erzielung einer hohen Provision (BGB. § 654). Urt. vom 3. Dez. 07, III 191/07.

„. . . Verfehlt ist die Rüge, die sich gegen Verwerfung der Einrede richtet, Kläger habe mit einem Angestellten der Landbank, namens G., dergestalt zusammengewirkt, daß letzterer alle Anerbietungen des Beklagten so lange auf die lange Bank schob oder ablehnte, bis dieser dem Kläger die ungewöhnlich hohe Provision versprochen habe. Der Rechtsbestand des vom Beklagten abgeschlossenen Maklervertrages wird durch ein derartiges Verhalten des Klägers nicht erschüttert, mag es dem Beklagten bei Abschluß des Maklervertrages bekannt gewesen sein oder nicht. Der Kläger hat dem Beklagten die Dienste geleistet, für die er im Fall des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts die Provision zugesagt hat, und diese Dienste haben zum Abschluß des Geschäfts geführt. Der Wert der Dienste wird nicht dadurch gehoben, daß Kläger zur Herbeiführung der Sachlage, die den Beklagten zu seiner Zuziehung nötigte, wenn anders er seinen Zweck erreichen wollte, seinerseits in angegebener Weise mitgewirkt hatte. Eine arglistige Schädigung des Beklagten ist vorgedachter Tatbehauptung schon deshalb nicht zu entnehmen, weil nicht erhellt, daß Beklagter zum Abschluß des Geschäfts ohne Mithilfe eines Maklers gelangt wäre in dem Fall, daß die gerügte Mitwirkung des Klägers nicht erfolgt wäre.

Mit Recht ist auch der Einwand verworfen, der vom Beklagten mit der Behauptung, daß Kläger nach seinem Abkommen mit der Landbank von der Provision einen Teil an dieselbe abzugeben, und daß er solche Verpflichtung ihm verschwiegen habe, erhoben ist. Es kann nicht zugegeben werden, daß durch ein solches Abkommen mit der Gegenpartei der Makler dem Inhalt des Maklervertrages zuwider auch für den anderen Teil i. S. des BGB. § 654 tätig geworden ist. Ebensowenig ist die Verpflichtung des Klägers, dem Beklagten von solchem Abkommen Mitteilung zu machen, anzuerkennen. Im übrigen ist auch die Ausführung des Berufungsgerichts zu billigen, der zufolge die Annahme abzulehnen ist, daß Beklagter bei Kenntnis des Abkommens das Provisionsversprechen nicht abgegeben haben würde. Zutreffend führt dasselbe aus, daß dem Beklagten, der nach seiner Behauptung die hohe Provision versprochen haben wolle, weil ein bedeutender Teil derselben zur För-

derung des Verkaufs in die Hände von Angestellten der Landbank gelangen sollte, es habe gleichgültig, vielleicht sogar lieber erscheinen müssen, wenn statt solcher Zuwendung an die Angestellten ein beträchtlicher Teil der Provision der Bank selbst zufloß."

146. Haftet der Bankier, wenn er einem Kunden, der eine sichere Anlage für sein Geld sucht, Industriepapiere zum Kaufe vorschlägt? (BGB. § 676). Urt. vom 11. Dez. 07, I 102/07.

Der Kläger, ein Kohlengroßhändler, erklärte einem Angestellten des beklagten Bankiers, daß er für seine Ersparnisse eine sichere und dauernde Anlage wünsche. Der Angestellte schlug ein Industriepapier, das damals zwar nicht als eigentliches Anlagepapier, wohl aber als gutes Börsenpapier allgemein angesehen wurde, zum Ankaufe vor, ohne es besonders anzupreisen. Kläger kaufte das Papier, das wenige Tage später sich als wertlos herausstellte. Er klagt auf Schadensersatz.

Aus den Gründen:

„. . . Der vom Berufungsrichter angezogene Ausspruch des Reichsgerichts in RGZ. 42, 131, der Bankier gelte als Sachverständiger, der Kunde als Laie, hat nicht die Bedeutung, daß bei Bestimmung der Sorgfaltspflichten des ratgebenden Bankiers die Kenntnisse, die der Kunde normalerweise mitbringt, als nicht vorhanden fingiert werden müßten. Dinge, die ein Kunde nach seinem Beruf oder seiner Stellung kennen muß, darf auch der Bankier ohne Fahrlässigkeit als bekannt voraussetzen. Mochte der Kohlengroßhandel des Klägers von noch so geringem Umfang sein, so stand doch der Kläger im gewerblichen Leben. Jeder Gewerbetreibende aber weiß, daß Industrieaktien wegen des Wechsels der Konjunkturen sowie der möglichen Schädigung der Gesellschaft durch ungetreue Beamte keine sichere Anlage im eigentlichen Sinne, geschweige denn im Sinne der Mündelsicherheit sind. Das ist sogar den meisten Privatleuten bekannt. Ob man solche Papiere überhaupt als ‚sichere Anlage' bezeichnen will, ist Geschmackssache. Tut man es, so bringt man in einer mindestens für jeden Gewerbtreibenden verständlichen Weise zum Ausdruck, daß man nur eine verhältnismäßige Sicherheit im Auge hat und von den bezeichneten allgemeinen Gefahren abstrahiert . . ."

147. Aufwendungen für Wahlagitation werden nicht in der Absicht gemacht, fremde Geschäfte zu besorgen (BGB. § 683). Urt. vom 25. Nov. 07, VI 109/07.

„Bei der Ersatzwahl, die im Herbst 1904 im Wahlkreise J. I u. II für den Reichstag stattzufinden hatte, war, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, in dem Kreise selbst keine Vereinigung von Anhängern der deutschen Reformpartei zusammengetreten, um die Erwählung des Klägers zu betreiben. Der beklagte Verein hat Wahlaufrufe herstellen lassen, welche die Unterschrift ‚Die Leitung der Deutschen Reformpartei' trugen, in denen der Kläger als alleiniger Kandidat des Mittelstandes in Stadt und Land bezeichnet und an ‚alle Gesinnungsfreunde der Ruf zur rührigen Mitarbeit' enthalten war. Dabei war bemerkt, diejenigen, welche sich persönlich nicht zur Verfügung stellen könnten, würden um Unterstützung durch finanzielle Mittel gebeten. Die infolge dieser letzten Aufforderung bei den in den Aufrufen bezeichneten Zahlstellen eingegangenen Gelder sind, soweit sie nicht direkt an den Kläger selbst gesendet worden waren, an diesen abgeliefert worden, er selbst hat 1000 ℳ beigefügt. Die auf diese Weise zusammengebrachten Mittel haben aber bei weitem nicht ausgereicht, die Unkosten zu decken, die durch die vom Kläger selbst zur Förderung seiner Wahl ergriffenen Maßnahmen entstanden sind.

Er verlangt, daß der beklagte Verein den Fehlbetrag decke, und ist der Meinung, daß dieser hierzu schon deshalb verpflichtet sei, weil er den Kläger als Kandidaten für die Wahl aufgestellt und zur Übernahme der Kandidatur veranlaßt habe. Denn danach sei der Versuch, seine Erwählung zum Abgeord-

neten des Kreises J. herbeizuführen, ein Unternehmen des beklagten Vereins gewesen, und er selbst habe, indem er zur Erreichung dieses Zieles angemessene Maßnahmen getroffen habe, als Beauftragter des Vereins gehandelt oder doch auftragslos dessen Geschäfte nach Maßgabe von BGB. § 683 geführt. Die erste Instanz ist dieser Auffassung grundsätzlich beigetreten, sie hat aber eine dem Kläger günstige Folgerung daraus deshalb nicht abgeleitet, weil sie als erwiesen ansieht, daß bei der deutschen Reformpartei bezüglich der Wahlen für den Reichstag, wie dem Kläger bekannt gewesen sei, ein anderer Gebrauch bestanden habe; der beklagte Verein habe nämlich zu den Wahlkosten aus seinen Mitteln immer nur einen verhältnismäßig niedrigen Beitrag geleistet und sich im übrigen darauf beschränkt, Aufforderungen an seine Parteigenossen zur Gewährung von Beiträgen zu erlassen, soweit dies nicht ausgereicht habe, sei die Aufbringung der erforderlichen Mittel den Wahlausschüssen der Wahlkreise und nötigenfalls dem aufgestellten Kandidaten selbst überlassen worden. Hieraus folgert das Landgericht, daß es im vorliegenden Falle einer besonderen Abmachung bedurft hätte, um für den Beklagten eine Verpflichtung der ihm jetzt vom Kläger angesonnenen Art zu begründen. Das Berufungsgericht ist zu dem gleichen Ergebnis auf einem anderen Wege gelangt, indem es ausführt: Die Wahl eines von einem Parteiorgan aufgestellten Kandidaten sei nicht bloß eine Angelegenheit der Partei, sondern auch seine eigene; Handlungen des Kandidaten selbst oder dritter Personen, die zum Zwecke der Wahl dienten, seien deshalb ebenso Handlungen in seinem Interesse, als in dem der Partei, auch würden solche Handlungen vielfach wegen des persönlichen Interesses geleistet, das der einzelne Parteiangehörige an den Parteiangelegenheiten nehme, nicht aber in der Absicht, für den die Wahl betreibenden politischen Verein zu handeln und dessen Geschäfte als fremde zu führen.

Dieser Auffassung, gegen die sich die Angriffe der Revision in erster Linie richten, ist beizupflichten. Wenn jemand die Wahl eines von einer Partei oder einem deren Interessen vertretenden Verein für den Reichstag oder eine andere zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung berufene Körperschaft aufgestellten Kandidaten zu fördern sucht, so muß angenommen werden, daß er das tut, weil er die von der betreffenden Partei in politischer und volkswirtschaftlicher Beziehung vertretenen Anschauungen teilt oder wenigstens unter den gegebenen Umständen die Erwählung eines Mannes für wünschenswert hält, von dem zu erwarten ist, daß er sich bei seiner Tätigkeit als Abgeordneter von diesen Anschauungen leiten lassen werde. Demzufolge muß auch, soweit nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung erfordern, angenommen werden, daß er dabei nicht ein fremdes Unternehmen unterstützen, die Geschäfte eines anderen besorgen will, sondern die Opfer an Zeit, Arbeit und Geld für die Erreichung eines Erfolges bringt, den er selbst zum allgemeinen Besten oder im Interesse bestimmter Volkskreise anstrebt. Dasselbe muß für denjenigen, der selbst von einer Partei als Kandidat aufgestellt wird, gelten. Bei ihm erscheint die Auffassung, daß er, wenn er selbst durch mit größeren Ausgaben verknüpfte Maßnahmen auf die Erringung eines Wahlsieges hinzuwirken bemüht ist, dabei vor allem seine eigenen Geschäfte besorge, noch im verstärkten Maße gerechtfertigt; denn abgesehen von allen anderen Gründen, die ihm die Erwählung zum Mitglied einer solchen Körperschaft erwünscht erscheinen lassen mögen, muß jedenfalls unterstellt werden, daß er an der Erwählung ein persönliches Interesse deshalb hat, weil sie ihm die Möglichkeit verschafft, seine politischen und wirtschaftlichen Anschauungen an einer für die Gestaltung der Verhältnisse mit maßgebenden Stelle zur Geltung zu bringen . . ."

148. Vertretungsmacht — Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschaften (BGB. §§ 714, 164 ff.). Urt. vom 3. Dez. 07, III 178/07.

Die Beklagten E. und H. schlossen eine Gesellschaft zum Betriebe des von ihnen auf die Zeit vom 1. September 1905 bis 31. August 1906 gepachteten Apollo-Theaters. Der Beklagte H. übernahm die artistische Leitung und schloß

Ende 1905 mit dem Kläger einen Artistenvertrag ab, wonach Kläger in der Zeit vom 1. bis 30. September 1906 im Apollo-Theater auftreten sollte. Später erklärte H., er wolle den Kläger nicht auftreten lassen. Kläger fordert von den Beklagten als Gesamtschuldnern Vertragserfüllung und Zahlung einer Vertragsstrafe. Der Beklagte E. wendet ein, H. habe ihn nicht über den 31. August 1906 hinaus verpflichten können.

Aus den Gründen:

„. . . Diese Auslegung des Vertrags bewegt sich auf dem Boden der Würdigung des Sachverhältnisses in tatsächlicher Beziehung und unterliegt insoweit nicht der Nachprüfung der Revisionsinstanz. Als unrichtig muß nur der Satz in der Begründung des Berufungsurteils bezeichnet werden, daß durch den Vertragsabschluß mit dem Kläger der frühere Mitbeklagte H. sich möglicherweise seinem Gesellschafter E. gegenüber regreßpflichtig gemacht, ihn aber trotzdem Dritten gegenüber verpflichtet habe. Denn wenn die Geschäftsführungsbefugnis den durch die Auslegung des Vertrags festgestellten Umfang hatte, so handelte H. im Rahmen seiner vertraglichen Rechte. Nach BGB. § 714 hat die vermutete Vertretungsmacht genau denselben Umfang wie die Geschäftsführungsbefugnis, und soweit die Vertretungsmacht sich lediglich aus der Geschäftsführungsbefugnis ergibt — im Gegensatz zu der aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 164 ff. zu entnehmenden Vertretungsmacht —, ist es ausgeschlossen, daß der eine Gesellschafter den andern Dritten gegenüber verpflichte, sich selbst aber gleichzeitig wegen Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis dem andern Gesellschafter regreßpflichtig mache . . .“

149. Bürgschaft unter der nur mündlich vereinbarten Bedingung, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner keine Strafanzeige erstatte (BGB. §§ 766, 158, 812, 814, 821). Urt. vom 18. Nov. 07, VI 66/07.

„Die Beklagten sind belangt aus selbstschuldnerischen Bürgschaften, die sie im Mai 1903 für den Hauptschuldner A. R. Sch. schriftlich übernommen haben. Die Schuld des letztern stammt aus Veruntreuungen her, die er sich gegen den Kläger hat zu Schulden kommen lassen, und die Abweisung der Klage ist in der vorigen Instanz aus dem Grunde erfolgt, weil die Bürgschaften nur unter der Bedingung geleistet seien, daß der Kläger gegen den Hauptschuldner keine Strafanzeige erstatte, und weil er dies dennoch getan habe. Hiergegen hat der Revisionskläger vor allem eingewandt, daß in den Bürgschaftsurkunden von dieser Bedingung nichts vorkomme, und daß insofern der für die Bürgschaft die Schriftform erfordernde § 766 BGB. verletzt, oder aber der Rechtssatz verkannt sei, daß vorherige mündliche Nebenberedungen neben einem in die Schriftform gebrachten Vertrage, in den sie nicht aufgenommen sind, nur dann gelten, wenn der Wille der Kontrahenten, daß sie auch neben dem schriftlichen Vertrage noch gelten *sollen*, *besonders erklärt* worden sei. Dieser Angriff war unbegründet. Wie in RGZ. 65, 49 schon dargelegt worden ist, schließt das Erfordernis der Schriftform für die Bürgschaft die Geltung *einschränkender* Nebenabreden, auch durch Aufstellung von Bedingungen, nicht aus, und daß die Kontrahenten deutlich ihren Willen zu erkennen gegeben haben, *diese* Nebenabrede solle auch *neben* der schriftlichen Verbürgung gelten, hat hier das Oberlandesgericht gerade festgestellt. Wenn der Kläger die Erklärung, die das Berufungsgericht für die Nichtaufnahme der Bedingung in die Urkunden gegeben hat (es habe nicht in einer nach außen hin erkennbaren Weise anerkannt werden sollen, daß A. R. Sch. sich durch sein Verhalten strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt habe), deshalb als widersinnig angegriffen hat, weil die Urkunden nur für die Kontrahenten selbst bestimmt gewesen seien, so betrifft diese Rüge einmal einen nur ganz nebensächlichen Punkt, ist aber außerdem auch an sich unzutreffend, weil die Urkunden ev. auch für das Gericht bestimmt waren, bei dem die Forderung etwa einzuklagen sein würde.

Richtig ist nun aber freilich an sich die Bemerkung des Klägers, daß das Berufungsgericht sich nicht darüber ausgesprochen habe, ob es eine aufschiebende

oder eine auflösende Bedingung (BGB. § 158) meine, und daß es vielleicht eigentlich nur eine ‚Voraussetzung' im Sinne gehabt habe. Auch trifft es zu, daß die negative Suspensivbedingung, auf welche die Ausdrucksweise des vorigen Urteils vielleicht am meisten hinweist, sachlich hier kaum denkbar wäre. Denn dann würde keinesfalls vor dem Ablaufe der Strafverfolgungsverjährungsfrist (hier nach StGB. § 67 Abs. 2 fünf Jahre) ein Klagerecht aus den Bürgschaften erwachsen sein; auch hätten die Bürgen nicht einmal wagen können, vorher zu zahlen, da sie nach BGB. § 814 auch bei nachherigem Ausfall der Bedingung kein Rückforderungsrecht gehabt haben würden; was alles dem praktischen Zwecke des Geschäfts widersprechen würde. Aber alle diese Umstände können nicht zur Aufhebung der vorigen Entscheidung führen. Sie würde nämlich jedenfalls aufrecht zu halten sein durch richtige juristische Formulierung des vom Oberlandesgerichte ohne Zweifel gemeinten Tatbestandes: man hat entweder die Strafanzeige des Klägers als (positive) Resolutivbedingung oder seine Nichtanzeige als bloße ‚Voraussetzung', der aber hier die Natur eines ‚rechtlichen Grundes' i. S. des BGB. § 812 Abs. 1 zukommen würde, zu denken. Welche von diesen beiden Auffassungen den Vorzug verdienen würde, kann dahingestellt bleiben; nach der einen wie der andern würden zunächst an sich die Verbindlichkeiten aus den Bürgschaften sofort entstanden sein; aber wenn auf Grund derselben geleistet gewesen wäre und dann der Kläger die Strafanzeige bewirkt hätte, so würde nach BGB. § 812 Abs. 1 Satz 2 den jetzigen Beklagten das Rückforderungsrecht zugestanden haben, im erstern Falle nach römischer Terminologie als condictio indebiti, im letzteren als condictio causa data causa non secuta und jetzt, da noch nicht geleistet ist, vielmehr auf die Leistung erst geklagt wird, fehlt es unter der ersteren Voraussetzung wegen des Eintrittes der auflösenden Bedingung nach BGB. § 158 Abs. 2 überhaupt an dem Anspruche, während unter der zweiten Voraussetzung diesem die Einrede aus BGB. § 821 (vgl. noch § 812 Abs. 1 Satz 2) entgegensteht . . ."

150. Wann bedarf die kumulative Schuldübernahme der Schriftform? Anerkenntnis auf Grund einseitiger Abrechnung; irrtümliche Einstellung von in Wirklichkeit nicht bestehenden Schulden (BGB. §§ 766, 414, 421, 782, 812, 814). Urt. vom 30. Nov. 07, V 158/07.

Was sodann die Rechtswirksamkeit der fraglichen mündlichen Abrede anlangt, so ist der Ausgangspunkt des Berufungsrichters, daß die Abrede sich nur entweder als Bürgschaft oder als sog. kumulative Schuldübernahme darstellen könnte, nach beiden Richtungen aber sie wegen Formmangels nichtig wäre, insofern nicht zutreffend, als auch für die kumulative Schuldübernahme die Schriftform erfordert ist. Das Reichsgericht hat wiederholt als möglich anerkannt, daß neben dem Schuldner ein Dritter durch das Versprechen, für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners gleichwie dieser selbst einzustehen, eintreten kann, ohne daß der Gläubiger infolge des ihm abgegebenen Versprechens des Eintretenden seinen Anspruch gegen seinen ursprünglichen Schuldner aufgibt. Dabei ist betont worden, daß diese sog. kumulative Schuldübernahme allerdings im Zweifel und regelmäßig Bürgschaftscharakter haben, also als ein Einstehen für die Erfüllung einer fremden Schuld gewollt sein werde; daß aber, wenn aus besonderen Umständen auf den Willen des eintretenden Schuldners zu schließen sei, derart für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners einzustehen, daß seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners und deren Fortbestand unabhängig sein solle, eine selbständige Verbindlichkeit des Eintretenden nach BGB. § 421 als begründet anzunehmen sei. Und es ist weiter ausgesprochen, daß ein solches Eintreten in eine Schuld als Gesamtschuldner seinem Wesen nach verschieden sei von der Übernahme einer Bürgschaft für eine fremde Schuld und daher die Formvorschrift des BGB. § 766 darauf keine Anwendung finde (RGZ. 51, 120; 59, 233; 64, 318; GruchotsBeitr. 50, 946).

Hieran ist festzuhalten. Ein besonderer Umstand, aus dem auf den bezeichneten Willen des Eintretenden zu schließen wäre, wird namentlich dann gegeben sein, wenn die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners auf einem Vertrage beruht und die Vorteile aus diesem Vertrage ganz oder zum Teil dem Eintretenden zugute kommen, wiewohl er selbst Vertragsteil nicht ist; denn es ist dann der ursprüngliche Schuldner zwar rechtlich der Verpflichtete, aber wirtschaftlich ist der in die Schuld Eintretende derjenige, der die schuldige Leistung zu bewirken hat. Dieses würde auch vorliegend in Betracht kommen, wenn die Behauptung des Klägers richtig wäre, daß ursprünglich zwischen ihm und dem Ehemann der Beklagten zu 1 ein Tauschvertrag über die beiderseitigen Grundstücke geschlossen werden sollte, er dann aber auf Verlangen des Ehemannes der Beklagten zu 1 sein Gut an die Beklagte zu 1 veräußert habe. Denn es würde dann in Wirklichkeit die Beklagte zu 1 das Tauschobjekt erlangt haben, für welches ihr Ehemann sein Hausgrundstück dem Kläger übereignete, und würde daher die Annahme nicht entfernt liegen, daß die Beklagte zu 1 auch für die aus der Veräußerung des Hausgrundstücks sich regelnden Vertragspflichtigen neben ihrem Ehemann als selbständige Schuldnerin einstehen wollte und sollte. Dies um so mehr, als die Mietzinsen, die vom Tage der Auflassung vom 15. August 1904 ab auf den Kläger gemäß dem Vertrage über das Hausgrundstück des Ehemannes der Beklagten zu 1 übergehen sollten, von letzterem an die Beklagte zu 1 und die an die anderen beiden Zessionare bereits vor dem Vertrage abgetreten waren und der Ehemann der Beklagten zu 1 sich in Vermögensverfall befand.

Würde daher in der vom Kläger behaupteten mündlichen Abrede eine kumulative Schuldübernahme in dem vorerörterten Sinne zu finden sein, so würde sie zur Gültigkeit der Schriftform nicht bedurft haben. Sie würde auch dann, wenn damals von den im Prozesse geltend gemachten Ansprüchen, sei es als schon bestehenden, sei es als zukünftigen, noch nicht die Rede gewesen wäre, einen Verpflichtungsgrund hinsichtlich der eingeklagten Ansprüche abgeben; denn die Beklagte zu 1 müßte zufolge der allgemeinen Übernahme der Vertragspflichten ihres Ehemannes ebenso wie dieser dafür einstehen, daß der Kläger nicht gemäß der Bestimmung des Vertrages die Mietzinsen vom 15. August 1904 ab beziehen konnte und er Lasten für die Zeit vor dem 15. August 1904 entrichten mußte, die nach dem Vertrage der Ehemann der Beklagten zu 1 zu entrichten hatte . . . Wäre das Anerkenntnis nicht bloß einseitig, sondern auf Grund eines Vertrages mit dem Kläger erteilt (RGZ. in JW. 07, 709 Nr. 15), so würde sich daraus eine selbständige, von dem Bestehen eines früheren Schuldverhältnisses unabhängige Begründung der Verpflichtung der Beklagten ergeben, auf welche der Kläger seine Klage stützen könnte, ohne daß er das Bestehen seiner Klagansprüche im einzelnen darzutun brauchte; und wäre das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung erteilt, so würde es gemäß BGB. § 782 zur Gültigkeit der schriftlichen Form nicht bedürfen. Unter Abrechnung ist nicht nur ein gegenseitiges Abrechnen von Forderungen und Gegenforderungen der Beteiligten zu verstehen, sondern auch eine Berechnung der lediglich auf einer Seite bestehenden Forderungen nebst Schlußfeststellung des schuldigen Gesamtbetrages durch Addition der einzelnen Forderungsbeträge; denn nach dem maßgebenden gewöhnlichen Sprachgebrauche ist eine solche Berechnung ebenfalls eine Abrechnung (Planck, Anm. 2 zu BGB. § 782; Rümelin im ArchZivPrax. 98, 192; Regelsberger in IheringsJ. 46, 5). Vorliegend würde daher auch dann, wenn der Kläger mit der Beklagten zu 1 nur seine Forderungen allein berechnet und demnächst die Beklagte zu 1 den festgestellten Gesamtbetrag als Schuld anerkannt hätte, ein Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung i. S. des BGB. § 782 gegeben sein. Es ist aber auch vom Kläger behauptet worden, daß von der Beklagten zu 1 bei der Abrechnung zugleich eine Zahlung von 130 ℳ und eine Gegenforderung von 152 ℳ 80 ₰ in Gegenrechnung gestellt worden sei. — Der Berufungsrichter aber läßt dahingestellt, ob die Abrechnung und das Anerkenntnis durch die

Aussage des darüber vernommenen Zeugen F. erwiesen seien, und erklärt, es liege eine Abrechnung deshalb nicht vor, weil dem Kläger eine Forderung gegen die Beklagten nicht zustehe. Dies ist nicht zutreffend. Auch wenn die Beteiligten eine Nichtschuld als vermeintlich bestehende Schuld in die Abrechnung einbezogen haben, ist eine Abrechnung i. S. des BGB. § 782 erfolgt und ist das daraufhin erteilte Anerkenntnis an sich rechtsgültig; denn die tatsächlich nicht bestehende Schuld ist durch die Abrechnung und das Anerkenntnis als bestehend festgestellt. Das Nichtbestehen einer Schuld, die der Abrechnung zugrunde gelegt worden ist, hat nur die Wirkung, daß der Schuldner das Anerkenntnis von dem Gläubiger wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß BGB. § 812 Abs. 1, 2 zurückverlangen (kondizieren), also gegenüber dem Gläubiger die Unverbindlichkeit des Anerkenntnisses geltend machen kann, sofern nicht etwa ein Fall des BGB. § 814, insbesondere eine Leistung im Bewußtsein des Nichtbestehens der Schuld, vorliegt (Rümelin a. a. O. S. 204, 206, 207, 225, 228, 250). Voraussetzung für diese Geltendmachung aber ist, daß der Anerkennende beweist, daß die in die Abrechnung einbezogene Schuld tatsächlich nicht bestanden hat (Planck, Anm. 2 zu BGB. § 812).

151. Bereicherungsklage des Erben gegen den Dritten, der als vermeintlicher Miterbe an der Erbauseinandersetzung teilgenommen hat (BGB. §§ 812 ff., 119, 121). Urt. vom 21. Nov. 07, IV 158/07.

„Beide Vorinstanzen verkennen, daß die Klage, soweit damit die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Geld verlangt wird, auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung gerichtet ist. In erster Linie sind deshalb die Vorschriften des BGB. §§ 812 ff. und nicht die §§ 119 ff. der Entscheidung zugrunde zu legen. Durch Anerkenntnis der Beklagten steht jetzt schon fest, daß sie am Nachlaß der D.schen Eheleute nicht erbberechtigt sind, gleichwohl aber an der Auseinandersetzung dieses Nachlasses, wie wenn sie Erben wären, teilgenommen und in dieser ihrer vermeintlichen Erbeneigenschaft auf Kosten des Klägers, des wahren alleinigen Erben, gewisse Nachlaßgegenstände zugeteilt erhalten haben. Ihr Erwerb entbehrt mithin des Rechtsgrundes, da sie einen andern Titel als jenes vermeintliche Erbrecht selbst nicht behauptet haben. Damit sind alle Voraussetzungen gegeben, unter denen sie nach BGB. § 812 dem Kläger zur Herausgabe des Erlangten im Umfange des § 818 verpflichtet sind. Der Irrtum des Klägers kommt gemäß § 814 nur insofern in Betracht, als sein Zurückforderungsrecht ausgeschlossen sein würde, wenn er bereits zur Zeit der Leistung gewußt hätte, daß er zur Leistung nicht verpflichtet sei oder, was dem gleichgestellt ist, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hätte. Der Beweis dieser Wissenschaft, im Streitfall also der Kenntnis des Klägers davon, daß den Beklagten keine Erbrechte am D.schen Nachlasse zustanden, lag als Einredebeweis den Beklagten ob (RGZ. 60, 420). Allem Anschein nach geht, wiewohl genauere Feststellungen hierüber fehlen, auch der Berufungsrichter davon aus, daß die Nachlaßteilung bereits bei der Beerdigung der Witwe D., somit noch im Oktober 1905 stattgefunden hat. Da der Berufungsrichter weiter annimmt, daß Kläger nicht vor dem 8. vielleicht erst am 18. November 1905 über die wahre Sach- und Rechtslage aufgeklärt worden sei, so würde auch dieser Einredebeweis als mißlungen anzusehen sein und der Verurteilung der Beklagten bis zu dem noch näher zu ermittelnden Betrag ihrer Bereicherung würde nichts im Wege stehen.

Diese Ausführungen ergeben zugleich, daß es dem Kläger, um mit seinem Bereicherungsanspruch durchzudringen, keineswegs oblag, zuvor im Wege der Anfechtung aus BGB. §§ 119, 121 diejenigen Willenserklärungen hinwegzuräumen, mittels deren er sein Einverständnis zur Teilung des Nachlasses unter vier vermeintliche Erbstämme ausgedrückt hatte. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob er von der Anfechtung rechtzeitig Gebrauch gemacht hat.

Nur dann könnte eine andere Beurteilung geboten sein, wenn der Erwerb der Beklagten auf einer selbständigen, Verpflichtungen des Klägers und Rechte der Beklagten neu begründenden Erklärung des Klägers beruhte, wie wenn z. B. der Kläger die Beklagte nur schenkungsweise am Nachlaß beteiligt hätte. Die Revisionsbeklagten glauben dem Auseinandersetzungsakte für sich allein eine derartige Bedeutung beilegen zu können.

Ob es überhaupt zulässig ist, gewisse einheitlich verlaufende Rechtsvorgänge in selbständige kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte zu zerlegen und ob dadurch der Bereicherungsanspruch beeinflußt werden könnte (vgl. auch BGB. § 812 Abs. 2), bedarf hier nicht der Untersuchung. Denn nach der Sachlage ist nichts dafür erbracht, daß der Kläger die Nachlaßteilung aus einem andern Grunde oder zu einem anderen Zwecke vorgenommen hätte, als um damit den Beklagten als seinen vermeintlichen Miterben gegenüber seiner aus der Erbengemeinschaft fließenden gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen. Die zur Erfüllung dieser vermeintlichen Verpflichtung von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind deshalb Leistungen im Sinne des Gesetzes und dem Bereicherungsanspruch aus dem BGB. §§ 812 ff. ausgesetzt."

152. Vorsichtspflicht des Motorradfahrers (BGB. § 823). Urt. vom 4. Jan. 08, VI 159/07.

„G. wanderte auf der Mitte der Landstraße mit dem Spielzeughändler St. und dessen Frau zum Markte nach A. Seinen Korb mit Waren hatte er auf das Pritschenwägelchen der Eheleute St. gestellt, das schon mit ihren Spielzeugkisten beladen war und von ihnen selbst gezogen wurde. G. schob hinten an dem Wägelchen, auf dessen linker Seite gehend. Als der Beklagte sich ihnen mit der gewöhnlichen Geschwindigkeit eines Motorradfahrers näherte, gab er fortgesetzt Signale mit der Hupe. Sie hörten sie aber nicht, wohl wegen des Gepolters ihres Wagens, und wendeten auch nicht den Kopf zurück. Auf 10—15 m Entfernung gab der Beklagte nochmals ein Signal, stellte die Zündung an dem Rad ab, bremste und verlangsamte dadurch seine Geschwindigkeit erheblich; er hielt sich auch an dem linken Bankett. Das letzte Signal hörte G., schaute sich um, machte, um sich in Sicherheit zu bringen, einen Sprung zum linken Bankett und wurde dabei von dem Rad des Beklagten, der in gleiche Höhe mit G. gekommen war, zu Boden gestoßen. Der Beklagte selbst fuhr über das Bankett in den Straßengraben hinein, wo auch er mit dem Rade fiel, ohne aber Schaden zu nehmen.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte sich bewußt war, daß G. sein Herankommen nicht bemerkte, und begründet das Verschulden des Beklagten an dem Zusammenstoß wie folgt: Beklagter habe damit rechnen müssen, daß G. in der Bestürzung nach links springen werde, und habe sich, wie aus der Abstellung der Zündung hervorgehe, in der Tat diese Möglichkeit vergegenwärtigt. Er hätte deshalb, nachdem er in gefahrdrohender Nähe der Leute noch keine Gewißheit gewonnen, daß sie seine Annäherung wahrnahmen, so zeitig und so straff die Bremse anziehen müssen, daß, wenn G. im letzten Augenblick auf ihn aufmerksam werden sollte, ein Zusammenstoß nicht eintreten oder dem G. nicht mehr schaden konnte. Er habe aber die Bremse nicht genügend gebraucht, so daß ihm eine die Gefahr für G. ausschließende Verlangsamung der Fahrt nicht gelungen sei.

Die Revision leugnet eine Fahrlässigkeit des Beklagten, der alles getan habe, was man von einem sorgfältigen Motorradfahrer verlangen könne, und mit dem sinnlosen und unvorhersehbaren Seitensprung des G. nicht habe zu rechnen brauchen.

Der Senat hat jedoch keinen Anlaß gefunden, der Auffassung des Berufungsgerichts entgegenzutreten. Mit Recht hat dieses wegen der Gefährlichkeit der Motorräder für den Verkehr auf der Landstraße strenge Anforderungen an die Achtsamkeit und Vorsicht eines Motorradfahrers gestellt. Seine Entscheidung wird von der Feststellung getragen, daß G. das Nahen des Be-

klagten nicht wahrgenommen und daß Beklagter dies bemerkt hat. Die tägliche Erfahrung lehrt nun, daß infolge des rücksichtslos raschen Fahrens vieler Fahrer von Kraftfahrzeugen auf der offenen Landstraße die meisten Menschen, wenn sie auf der Mitte der Straße schreiten, und plötzlich das Hupezeichen wenige Schritte hinter sich vernehmen, aufs heftigste erschrecken und durch einen Sprung nach der Seite der drohenden Gefahr zu entrinnen suchen. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, daß der Beklagte, wenn er so kurz hinter G. nochmals die Hupe ertönen ließ, vermöge dieser Erfahrung auf eine hastige und ungeschickte Bewegung des überraschten Mannes, die ihn vor das Rad bringen konnte, gefaßt sein und deshalb die Fahrgeschwindigkeit dermaßen verringern mußte, daß ein Zusammenstoß mit ihm vermieden wurde oder unschädlich für ihn blieb ..."

153. **Streitgegenstand bei alternativem Klagantrage; Schadensersatzanspruch des Unterhaltsberechtigten wegen Tötung des Unterhaltsverpflichteten** (BGB. §§ 823, 831, 844, 1602, 1603; HaftpflG. §§ 1, 3, 7; ZPO. § 546). Urt. vom 25. Nov. 07, VI 76/07.

„Der in der Berufungsinstanz von dem Kläger gestellte Klagantrag, der auch für die Revisionsbeschwerde den Streit begrenzt, läßt die Zulässigkeit der Revision dem Objekte nach (ZPO. § 546) zweifelhaft erscheinen. Würde er die Bedeutung haben, daß es der Wahl der Beklagten überlassen bleiben solle, ob diese ein Kapital von 2136,70 ℳ oder 136,70 ℳ und eine jährliche Rente von 200 ℳ an den Kläger zahlen wolle, dann würde in Wirklichkeit nur das geringere Kapital gefordert sein, und nur dessen Betrag könnte deshalb auch der Berechnung des Beschwerdegegenstandes der Revision zugrunde gelegt werden (RGZ. 55, 81); in diesem Falle würde es an der gesetzlichen Revisionssumme fehlen. Nach Lage der Sache kann der Alternative des Antrages aber nicht diese Bedeutung beigemessen werden, die Alternativen erscheinen vielmehr als Prinzipalantrag auf Zahlung eines Kapitals, Eventualantrag auf Zahlung einer Rente. Der Kläger fordert Entschädigung in einer festen Kapitalssumme; sollte diese Forderung aber nach dem HaftpflG. § 7 und BGB. § 843 vom Gericht nicht für zulässig erachtet werden, so beantragt er in zweiter Reihe den Beklagten zur Zahlung einer Rente in dem ausgeworfenen Betrage zu verurteilen. Ist dies der Sinn des Doppelantrages, so ist der Betrag jedes Antrages im Streit, und der Wert des Beschwerdegegenstandes der Revision richtet sich nach dem höheren Betrage (RGZ. 58, 293). Von diesem Gesichtspunkt aus war die Revision für zulässig zu erachten ... Das Berufungsgericht hat den Klaganspruch aus dem HaftpflG. § 1 für begründet erachtet, in eine Prüfung der weiteren ihm zugrunde gelegten rechtlichen Gesichtspunkte des BGB. §§ 823, 831 ist es nicht eingetreten. Es fragt sich, ob die Anwendung des HaftpflG. § 1 allein dahin führen konnte, den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Dies ist der Fall hinsichtlich der Beerdigungskosten, die sowohl nach BGB. § 844 wie nach dem HaftpflG. § 3 von dem Ersatzpflichtigen zu erstatten sind. Diese Kosten machen nur einen geringen Teil des Klageanspruchs aus, dessen Hauptgegenstand eine Entschädigung wegen des durch den Tod der Tochter dem Kläger entzogenen Unterhaltsrechts sowie wegen der ihm entgangenen Dienste der Tochter in seinem Hauswesen und Gewerbe bildet. In der ersteren Richtung steht zwar ein Entschädigungsanspruch ebenfalls sowohl nach dem HaftpflG. (§ 3 Abs. 2) wie nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (BGB. § 844 Abs. 2) dem Unterhaltsberechtigten zu. Allein der Erlaß eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs erforderte hier weiter die Prüfung der Voraussetzungen, unter denen diese Entschädigung nur gegeben ist: Der Bedürftigkeit des Klägers (BGB. § 1602) und der Leistungsfähigkeit der Getöteten (BGB. § 1603), die zusammen erst einen Unterhaltsanspruch und deshalb auch einen Anspruch wegen entzogenen Unterhalts begründen: Ist der Kläger, wie es den Anschein hat, zur Zeit noch nicht unterhaltsbedürftig, vielmehr wohl imstande, sich selbst zu unter-

halten, handelt es sich daher nur um die Möglichkeit einer späteren Unterhaltspflicht der Tochter, dann besteht zurzeit der erhobene Leistungsanspruch überhaupt nicht und konnte deshalb auch nicht dem Grunde nach dem Kläger zuerkannt werden; es ist alsdann vielmehr gegenwärtig nur für eine Feststellungsklage Raum, und es wäre insoweit seitens des Gerichts auf die Umwandlung des Leistungsantrages in einen Feststellungsantrag hinzuwirken gewesen. Wird eine Unterhaltsbedürftigkeit des Klägers ferner angenommen, die ihn schon jetzt zu einer Klage auf Leistung berechtigte, und ebenso eine Unterhaltspflicht der Getöteten, so würde eine Rente auf Lebenszeit dem Kläger kaum zuzusprechen gewesen sein, vielmehr wäre diese nach der Sachlage auf die Zeit bis zur mutmaßlichen Verheiratung der Tochter, wenn sie am Leben geblieben wäre, zu beschränken gewesen. Hätte aber etwa das Berufungsgericht die Entschädigung des Klägers durch ein Kapital für angemessen erachtet, welches der Kläger in erster Linie gefordert hat, so hätte auch darüber das Berufungsgericht in dem Urteile über den Grund des Anspruches sich auslassen müssen ..."

154. Fahrlässigkeit bei Handhabung von Schußwaffen (BGB. § 823). Urt. vom 9. Dez. 07, VI 89/07.

„... Jeder, der eine Schußwaffe führt ohne die Gewißheit, daß sie nicht geladen sei, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß sie geladen sein und bei der Empfindlichkeit des Schießmechanismus infolge irgend eines unvorhersehbaren Ereignisses sich entladen könne. Wer daher eine Schußwaffe, von der er nicht bestimmt weiß, daß sie ungeladen ist, so hält, daß durch ihre Entladung ein anderer beschädigt werden kann, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, auch wenn er den Hahn nicht berührt. Dies gilt ganz besonders, wenn, wie es hier der Fall gewesen zu sein scheint, Körperteile eines Dritten nahe der Gewehrmündung in der Schußlinie sich befinden. Die Erfahrung lehrt auch hundertfältig, und sie ist jedermann im Volke geläufig, daß durch solche Sorglosigkeit und Unvorsichtigkeit in der Handhabung von Feuerwaffen Leben und Gesundheit der Nebenmenschen aufs Spiel gesetzt werden ..."

155. Boykott [„Bierkrieg"] (BGB. § 826). Urt. vom 2. Dez. 07, VI 86/07.

„... Daß der Boykott nicht schlechthin ein unerlaubtes, gegen die guten Sitten verstoßendes Kampfmittel ist, daß er aber nach Umständen zu einer rechtswidrigen oder sittlich verwerflichen Handlungsweise ausarten kann, und letzterenfalls der Beurteilung nach BGB. § 826 untersteht, das sind Grundsätze, die auch von dem erkennenden Senat wiederholt, so namentlich für das Gebiet des Lohn- und Klassenkampfes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, zur Anwendung gebracht worden sind (vgl. RGZ. 51, 381 ff. Nr. 86; 60, 104 Nr. 21; 65, 53 ff. Nr. 15; Urt. vom 14. Okt. 07, VI 508/06). Auch für einen Interessenkampf der hier vorliegenden Art sind im wesentlichen die gleichen rechtlichen Gesichtspunkte maßgebend, wie für die in den neuzeitlichen Lohnkämpfen üblich gewordenen Maßregeln der Verrufserklärung, Streik, Aussperrung usw. Es kommt für die Frage, ob die betreffende Handlungsweise erlaubt oder unerlaubt, unsittlich sei, einerseits auf den damit verfolgten Zweck, anderseits auf die dabei angewendeten Kampfmittel an (vgl. insbesondere auch Oertmann, ‚Verrufserklärungen' in SeuffBl. 72 [1907] S. 218 ff., 280 ff.; Brückmann in JW. 02, 626 ff.). Ziel und Zweck des Kampfes werden bei der Beurteilung des Boykotts im Hinblick auf BGB. § 826 immer eines derjenigen Momente bilden, die für die sittliche Wertung der Handlungsweise maßgebend sind, und deshalb hat im vorliegenden Fall die Revision unrecht, wenn sie dem Berufungsrichter zum Vorwurf macht, daß es auf den Gegenstand des Streites, den Zweck des sog. Bierkrieges ein so erhebliches Gewicht gelegt hat. Freilich würde auch ein erlaubter und gerechtfertigter Zweck die fragliche Maßregel nicht entschuldigen können, wenn die gewählten

Mittel für sich als sittlich verwerflich zu betrachten wären. Aber wofern Kampfmittel und Kampfart an sich in den Grenzen, die im allgemeinen, durch Gesetz und Sittlichkeit gezogen sind, geblieben wären, so hätte allerdings der Gegenstand des Streites oder die Zwecksetzung noch immer den Boykott als eine sittenwidrige Schädigung nach Umständen erscheinen lassen können; und anderseits war es auch für die Beurteilung der angewandten Mittel von Bedeutung, ob sie in gerechtem Verhältnisse zu den umstrittenen Interessen standen.

Wenn nun der Berufungsrichter für den Fall, daß die Antragsteller den Erlaß des neuen Steuergesetzes in wirtschaftlich ungerechtfertigter und für die minderbemittelten Bierkonsumenten drückender Weise zum Zweck der Erhöhung der Bierpreise ausgenützt hätten, das Vorgehen mit Boykott zur Abwehr einer unbilligen Übervorteilung der Konsumenten als eine sittenwidrige Schädigung des Gegners nicht ansehen will, so ist dem vom Rechtsstandpunkte aus nicht entgegenzutreten. Es würde sich nur fragen, ob das Berufungsgericht prozeßrechtlich bzw. nach den Grundsätzen über Beweislast in der Lage gewesen ist, jene Unterstellung seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Der Revision, welche das bestreitet, ist aber auch hierin nicht recht zu geben. Die Sache liegt nicht so, daß die Antragsteller einen Tatbestand behauptet und glaubhaft gemacht hatten, welcher an sich schon und bis zur Führung eines etwaigen Entlastungsbeweises seitens der Antragsgegner sich als eine unerlaubte Schädigung i. S. von BGB. § 826 darstellen würde. Vielmehr hätte nach der rechtlich nicht zu mißbilligenden Auffassung des Berufungsrichters bei der Lage des gegenwärtigen Falles zu jenem Tatbestande auch ein sittenwidriger Zweck gehört und wäre bei Wegfall dieses Momentes eine nach § 826 zit. zu beurteilende Handlung nicht übriggeblieben. Die Tatsachen also, aus denen in der fraglichen Richtung ein Verstoß gegen die guten Sitten zu entnehmen wäre, hatten die Antragsteller gemäß ZPO. §§ 920, 936 und § 294 glaubhaft zu machen, und so auch, wofern das als erheblich erschien, Anlaß und Zweck des Bierkrieges darzulegen. Das war von ihrer Seite nicht geschehen; wohl aber haben die Antragsgegner eine Darstellung des Sachverhaltes gegeben, die nur ganz allgemein von den Antragsstellern bestritten wurde. Danach hat der Berufungsrichter folgerichtig die zur Begründung eines Anspruches auf BGB. § 826 erforderlichen Tatumstände zu einem wesentlichen Teile nicht als glaubhaft gemacht angenommen. Die Frage, ob die anspruchsbegründenden Tatsachen glaubhaft gemacht seien oder nicht, ist an sich der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen (RGZ. 7, 326 Nr. 97; GruchotsBeitr. 30, 1180; Gaupp-Stein, ZPO. § 920 II u. Note 12). — Eine Verletzung der Vorschrift der ZPO. § 139 aber fällt dem Berufungsgericht nicht zur Last. Angesichts der sehr eingehenden Darlegung der Antragsgegner über Anlaß, Gegenstand und Ziel des ‚Bierkrieges', womit sie offensichtlich ihr Vorgehen als erlaubt und sittlich gerechtfertigt erweisen wollten, hätten die Antragsteller zu positiven Gegenbehauptungen, wenn sie solche aufzustellen vermochten, Anlaß und Gelegenheit genug gehabt (wobei übrigens dahinstehen mag, ob sie eine sofortige Glaubhaftmachung dafür hätten erbringen können). Für das Gericht war nach Lage der Sache eine Veranlassung zu spezieller Fragestellung nicht gegeben.

Anlangend weiter die von den Antragsgegnern in Anwendung gebrachten Kampfmittel, so sind auch nach dieser Richtung die Angriffe der Revision nicht als berechtigt anzuerkennen. Das Vorgehen des Gewerkschaftskartells wird dadurch nicht zu einem unerlaubten, daß von ihm mittels der Presse die Unterstützung weiterer Kreise angerufen, daß öffentlich die biertrinkende Bevölkerung zur Beteiligung an dem Boykott aufgefordert und daß die Angelegenheit in einer Volksversammlung zur Erörterung gebracht wurde. Die organisierten Arbeiter mußten weitere Kreise für die Sache interessieren, wenn sie ausgiebige Hilfe für die Erreichung des angestrebten Zieles gewinnen wollten (vgl. auch das Urt. vom 12. Juli 06, RGZ. 64 S. 58, 62). Der Fall,

daß die Boykottanten in ihren öffentlichen Kundgebungen die Sachlage wahrheitswidrig dargestellt hätten (vgl. Urt. vom 14. Okt. 07 in Sachen L . . . und Genossen gegen S . . ., VI 508/06) liegt hier nicht vor. Zudem handelte es sich hier um Verhältnisse, die gewiß in E. und Umgebung allgemein bekannt waren. — Auch die Namhaftmachung der einzelnen Wirte, die sich den Forderungen der Boykottpartei gefügt oder nicht gefügt hatten, eine Maßnahme, die mit der Ausführung des Boykotts von selbst gegeben war, gestaltet sich durch die Veröffentlichung nicht zu einem verwerflichen Mittel. Die Maßregel, wonach die Wirte veranlaßt wurden, Plakate mit Angabe der Bierpreise in ihren Lokalen aufzuhängen, und hierwegen eine Kontrolle ausgeübt werden sollte, wobei die betreffenden Wirte mit der Fortdauer der Sperre bedroht waren, mag vielleicht einen weitergehenden Eingriff in die Willensfreiheit der davon betroffenen Gewerbetreibenden bedeuten. Allein Umstände, die erkennen ließen, daß hierbei die Grenzen des Erlaubten überschritten worden wären, sind nicht dargelegt; das Landgericht hat gerade diese Maßregel nicht für eine unter BGB. § 826 fallende erachtet. — Faßt man die von dem Gewerkschaftskartell ergriffenen Maßregeln in ihrem Zusammenhang und nach ihrer Gesamtwirkung ins Auge, so gelangt man doch nicht zu der von der Revision vertretenen Auffassung. Wenn die Wirte, wie zu unterstellen ist, die Bierpreise übermäßig erhöht hatten und dem Verlangen der Herabsetzung auf ein normales Maß, ohne dabei Schaden zu leiden, nachgeben konnten, wenn anderseits eine nachdrückliche Einwirkung und Machtentfaltung seitens der vereinigten Konsumenten erforderlich erschien, um die Gegner zum Nachgeben zu bewegen, so läßt sich bei der für die beteiligten Volkskreise immerhin erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Streitgegenstandes nicht sagen, daß die Boykottanten um einer unverhältnismäßig minderwertigen eigenen Zwecksetzung willen höherwertige fremde Interessen rücksichtslos zu opfern unternommen hätten. Von einem Terrorismus, einer Vergewaltigung des anderen Streitteiles durch Mißbrauch der Solidarität der Arbeiterschaft kann im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden. Es mag sein, daß die Antragsteller, die nach der Anführung des ersten Richters vorwiegend auf den Konsum der Arbeiterbevölkerung angewiesen sind, durch die Ausführung des Boykotts von einem empfindlichen Vermögensschaden bedroht oder betroffen sind. Aber daß die von dem Gewerkschaftskartell verhängten Maßregeln an sich mit der Abschneidung jeder Erwerbsmöglichkeit für die Betroffenen verknüpft wären oder daß es hierbei darauf abgesehen sei, die Boykottierten dauernd in ihrer wirtschaftlichen Existenz zu schädigen, ist doch aus dem Vorbringen der Antragsteller nicht zu entnehmen. Ein derartiger ‚Bierkrieg' wird gewöhnlich nach der Natur der hier maßgebenden Verhältnisse auch nur von beschränkter Dauer sein und die Regulierung des Streitverhältnisses wird durch die Vermittelung der in Mitleidenschaft gezogenen Brauereien erleichtert werden.

Keinesfalls ist hiernach in der Beurteilung der Sache seitens des Berufungsgerichts ein Rechtsirrtum zu finden . . ."

156. **Zur Haftbarkeit des Tierhalters** (BGB. § 833). Urt. vom 9. Dez. 07, IV 202/07.

„Die Revision bekämpft zunächst die Annahme des Berufungsrichters, daß, obwohl der Hund gebellt und die Klägerin danach mit einem Aufschrei zu Boden gefallen sei, ein Anwendungsfall des BGB. § 833 nicht vorliege. Ein Angriff des Tieres sei hierzu nicht erforderlich. Das Bellen des Hundes habe sich aber auch ‚auf die Klägerin bezogen' und sei von ihr als ein drohender Angriff angesehen worden. Die Revision verweist auf das in Sachen G . . . / L . . . (IV 507/05) erlassene Urt. des Senats vom 11. April 06 (JW. S. 3497), wonach BGB. § 833 auch dann anwendbar sei, wenn jemand durch einen unter Bellen gegen ihn heranlaufenden Hund in die Flucht getrieben

wird, dabei zu Falle kommt und, ohne von dem Hunde körperlich berührt zu werden, einen Körperschaden erleidet.

Das ist verfehlt. Allerdings kann der Körper eines Menschen durch ein Tier verletzt werden, auch ohne daß es zwischen dem Tiere und dem Menschen zu einer körperlichen Berührung kommt. Dies hat der Senat nicht nur in dem von der Revision bezeichneten Urteile mit dem Hinweise darauf angenommen, daß es sich damals um einen bissigen Hund handelte, dessen Bellen und Heranlaufen wohl geeignet gewesen sei, den Verletzten zu erschrecken und ihn zum Fortlaufen zu veranlassen, sondern der Senat hat es auch sonst gelten lassen, so oft das Verhalten des Tieres den Menschen in eine ernste Gefahr bringt und der Gefährdete durch die Art und Weise, wie er der Gefahr zu begegnen sucht, zu Schaden kommt (vgl. die Urt. des Senats in Sachen G.../G... vom 18. Juni 06; GruchotsBeitr. 51, 197 ff., und in Sachen A.../R... vom 25. März 07, JW. S. 307 Nr. 8).

Allein im gegenwärtigen Rechtsfalle schließen die Feststellungen des Berufungsrichters die Annahme aus, daß zwischen dem Verhalten des Hundes und dem angeblichen Körperschaden der Klägerin im Rechtssinne ein auch nur mittelbarer ursächlicher Zusammenhang bestanden hat.

Der Hund des Beklagten war — dies stellt der Berufungsrichter fest — ein gutmütiges, zu harmlosem Spiele geneigtes Tier. Er hat nur gebellt und ist nicht auch bellend auf die Klägerin zugelaufen. In eine wirkliche Gefahr ist daher die Klägerin durch das Benehmen des Hundes nicht geraten; dies selbst dann nicht, wenn, wie jetzt von der Revision aufgestellt wird, sich das Bellen an die Adresse der Klägerin richtete. Nach täglicher Lebenserfahrung war vielmehr auch ein solches, von einem zahmen und gutartigen Hunde ausgehendes Bellen ein ungefährlicher Vorgang. Haben aber in der Person der Klägerin vermöge ihrer Nervenschwäche ungewöhnliche Voraussetzungen bestanden, die — trotz der Ungefährlichkeit des Vorganges in objektiver Betrachtung — den Eintritt eines Körperschadens erst ermöglichten, so kommt die nach rein theoretischer Anschauung vielleicht bestehende Kausalverbindung zwischen dem Bellen des Hundes, dem Hinfallen der Klägerin und ihrer etwa dabei erlittenen Verletzung für die Rechtsanwendung nicht in Betracht, weil sie außerhalb der vom Gesetze gewollten Regelung liegt ..."

157. **Haftet der Besitzer eines Fuhrwerkes als Tierhalter demjenigen, welchen er zu einer Spazierfahrt eingeladen hat?** (BGB. §§ 833, 133, 157). Urt. vom 19. Dez. 07, IV 184/07.

„Wie der Berufungsrichter unter Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse festgestellt hat, war, als der Kläger die Einladung des jungen G. annahm, der stillschweigende Wille der Beteiligten darauf gerichtet, daß der Kläger die Einladung auf seine Gefahr hin annehme. Die Feststellung rechtfertigt die Abweisung der Klage. Daß der Berufungsrichter bei der Feststellung gegen Prozeßvorschriften verstoßen habe, hat die Revision nicht behauptet. Daß die Vorschriften über den Abschluß von Verträgen oder die Bestimmungen des BGB. §§ 133, 157 verletzt worden wären, ist nicht ersichtlich.

Die Revision macht geltend, es liege überhaupt kein Vertrag vor, weder ein Vertrag zwischen dem Kläger und dem Vater G. noch ein Vertrag zwischen dem Kläger und dem Sohn G.; der junge G. habe seinem Freunde, dem Kläger, durch die Einladung eine Gefälligkeit, Kläger habe durch die Annahme der Einladung dem Einladenden eine Höflichkeit erwiesen. Die Rüge ist nicht zutreffend. Nicht in der Einladung zu der Spazierfahrt und in der Annahme der Einladung findet das Berufungsgericht den Abschluß eines Vertrages, sondern in dem Übereinkommen, daß die Fahrt, soweit es den Kläger angehe, auf dessen Gefahr gemacht werde, also jeder Rechtsanspruch des Klägers aus einer Gefährdung und Schädigung gegenüber dem Fuhrwerksbesitzer ausgeschlossen sein solle. Daß ein Vertrag für den Fuhrwerks-

besitzer oder zu dessen Gunsten durch den jungen G. abgeschlossen werden könnte, hatte der Kläger in der Berufungsinstanz nicht in Zweifel gezogen; es ist deshalb nicht als Mangel an Begründung zu bezeichnen, wenn der Berufungsrichter in dieser Hinsicht keine näheren Feststellungen traf ..."

158. Haftet der Besitzer eines Fuhrwerks als Tierhalter demjenigen, welchen er aus Gefälligkeit mitfahren läßt? (BGB. §§ 833, 133, 157). Urt. vom 2. Jan. 08, IV 219/07.

Am 1. Juni 1906 fuhr der Beklagte auf seinem Fuhrwerk von Sch. nach H. Auf Bitten des Klägers ließ er diesen unentgeltlich mitfahren. Unterwegs scheute das Pferd und ging durch. Der Wagen wurde umgeworfen; die beiden Insassen wurden erheblich verletzt. Kläger verlangt von dem Beklagten als Tierhalter Schadensersatz. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

„... Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht hiernach auf der Annahme, die Parteien hätten, indem Kläger um Gestattung der Mitfahrt gebeten, Beklagter seine Einwilligung erklärt habe, sich stillschweigend dahin geeinigt, daß die Mitfahrt für den Kläger unentgeltlich sei, dem Beklagten aber aus der Gefälligkeit kein Nachteil erwachsen dürfe, sofern ihn nicht etwa ein Verschulden treffe. Zu rechtlichen Bedenken gibt die Annahme des Berufungsgerichts keinen Anlaß.

Die Revision macht geltend, der Berufungsrichter verneine, daß ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestanden habe, trotzdem nehme er an, es sei vertragsmäßig auf die Haftung verzichtet worden, das sei ein Widerspruch. Die Rüge ist nicht zutreffend. Der Berufungsrichter hat nur verneint, daß der Beklagte sich zur Beförderung des Klägers verpflichtet habe; die Bewilligung der Mitfahrt beruhte nach der Feststellung des Berufungsrichters auf einer Gefälligkeit des Beklagten. Dagegen war nach der Darlegung des Berufungsrichters die Willenseinigung der Parteien insofern auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet, als einerseits für die tatsächlich gewährte Mitfahrt jegliche Vergütung, andererseits für eine von dem Beklagten nicht verschuldete Gefährdung jegliche Haftung ausgeschlossen sein sollte. Ein Widerspruch in der Begründung des Berufungsurteils liegt sohin nicht vor.

Die Revision rügt ferner, der angebliche Verzicht des Klägers sei rechtsirrig begründet, es sei keine Erklärung oder Handlung, die einen Verzicht entnehmen ließe, festgestellt, der Berufungsrichter führe unter Hinweis auf die Abhandlung in der JW. 33 S. 228, 229 einige Beispiele an, die aber deswegen nicht rechtsähnlich seien, weil in jenen Fällen nur ein Verschulden zum Ersatz verpflichtet, § 833 jedoch kein Verschulden verlange. Auch dieser Angriff kann keinen Erfolg haben. Ob die von dem Berufungsrichter gewählten Beispiele zutreffend sind, kann dahingestellt bleiben; denn darin war sich der Berufungsrichter klar, daß eine Einigung über den Ausschluß der Tierhalterhaftung erforderlich war und daß nicht etwa die Ablehnung der Übernahme einer Haftung durch den Beklagten genügte. In der Bitte des Klägers um Gewährung der Mitfahrt aber und in der Einwilligungserklärung des Beklagten konnte der Berufungsrichter unter den von ihm angeführten Umständen ohne Rechtsirrtum den Abschluß eines Vertrages über den Ausschluß der Tierhalterhaftung finden."

159. Klage auf Unterlassung von Eigentumsstörungen; Einwand der Ortsüblichkeit derselben (BGB. §§ 906, 1004). Urt. vom 29. Dez. 07, V 165/07.

„Der Beklagte rügt, daß die Zeugen H., F., v. G., H., M. über die in ihre Wissenschaft gestellten, Seite 5 u. 6 des angefochtenen Urteils angegebenen Tatsachen nicht vernommen sind. Durch die Bekundungen dieser Zeugen würde

bewiesen werden können, daß die von den bereits vernommenen Zeugen bekundeten Störungen nur vereinzelte Fälle gewesen seien. Einzelfälle, die Wiederholungen der Beeinträchtigungen nicht befürchten ließen, seien aber zur Begründung der Kläger auf Unterlassung aus BGB. § 1004 nicht geeignet. Die Rüge ist verfehlt.

Es kommt darauf an, ob zur Zeit der Klagezustellung solche unzulässige Einwirkungen stattfinden, welche die Klage auf Unterlassung oder beim Vorliegen der Voraussetzungen der GewO. § 26 die Klage auf Herstellung von Einrichtungen begründen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen. Die Beeinträchtigung muß in einem dem Inhalte des Eigentums widersprechenden Zustande bestehen. Es muß eine Anlage, die unzulässige Einwirkungen zur Folge hat, oder eine fortdauernde Gefahr weiterer unzulässiger Einwirkungen auf die Sache vorhanden sein.

Der Berufungsrichter hat nun festgestellt, daß zur Zeit der Klagerhebung infolge ungeschickten Feuerns übermäßiger Qualm erzeugt und halbverbrannte Stücke von Sägespänen in Mengen durch den Schornstein des Beklagten geflogen seien, und daß durch die Maschinen des Beklagten zur Zeit der Klagezustellung übermäßiges Geräusch verursacht worden sei. Diese Tatsache rechtfertigt den Anspruch des Klägers auf Herstellung von Einrichtungen, durch welche die angegebenen Störungen vermieden werden.

Wenn freilich durch die Zeugen H., F., v. G., H., M. erwiesen werden könnte, daß die angegebenen Störungen nur vereinzelte gewesen wären und die dauernde Gefahr weiterer unzulässiger Einwirkungen nicht in sich schlössen, so würde die Klage nicht begründet sein. Der Berufungsrichter hat aber eingehend begründet, daß die angegebenen, durch die Aussagen der vernommenen Zeugen und das Gutachten des Sachverständigen C. bewiesenen Störungen nicht bloß vereinzelte waren, daß die Gefahr weiterer Störungen besteht, und daß, wenn auch die oben benannten Zeugen die in ihre Wissenschaft gestellten Tatsachen bekunden würden, das durch die Aussagen der vernommenen Zeugen gewonnene Beweisergebnis dadurch nicht erschüttert werden würde. Durch die Herstellung abhelfender Einrichtungen während des Prozesses kann nun allerdings die Verurteilung ausgeschlossen werden, aber nur wenn fernere Störungen nicht vorkommen können (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., S. 373). Der Berufungsrichter stellt aber fest, daß die Gefahr der Beeinträchtigung aus der dauernden Anlage des Beklagten droht. Das Geräusch wird ein übermäßiges sein, wenn die Fenster nicht geschlossen gehalten werden. Qualm und Ruß werden auf das Grundstück des Klägers dringen, wenn wiederum ungeschickt gefeuert wird oder der Staubfänger nicht ordnungsmäßig funktioniert.

Der Beklagte konnte die Verurteilung abwenden, wenn er den Beweis erbrachte, daß die Einwirkungen durch eine Benutzung seines Grundstücks herbeigeführt werden, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist (BGB. § 906). Der Beklagte meint, er habe genügend Beweis damit angetreten, daß er unter Beweis gestellt habe, es befände sich in jener Gegend eine größere Anzahl von Betrieben, welche ebensoviel Lärm und Ruß verursachten, wie der seinige, und weiter, er habe alle erforderlichen Vorkehrungen getroffen.

Mit den Worten in BGB. § 906 ‚nach den örtlichen Verhältnissen' ist gemeint nach den Verhältnissen der Stadt, in der das Grundstück liegt, oder nach den Verhältnissen eines Teiles der Stadt, wenn dieser durch die Art der dort betriebenen Gewerbe ein charakteristisches, von anderen Stadtteilen in objektiv erkennbarer Weise unterschiedenes Gepräge trägt (RG. in Gruchots Beitr. 48, 605). Der Berufungsrichter hat aber festgestellt, daß die fragliche Gegend keine Fabrikgegend sei, in der Geräusche und Qualm in dem bereits erwiesenen Maße als ortsübliche zu bezeichnen seien.

Diese Feststellung würde allerdings vielleicht nicht genügen, wenn Ch. eine Fabrikstadt wäre. Dann hätte der Berufungsrichter feststellen müssen, daß das Stadtviertel, in dem die Grundstücke der Parteien liegen, ein Villen-

viertel ist. Aber der Beklagte hat nicht behauptet, daß Ch. eine Fabrikstadt ist.

Der Berufungsrichter stellt weiter fest, daß die Behauptung des Beklagten, wonach weitere Vorkehrungen als die von ihm getroffenen nicht möglich seien, unzutreffend ist . . ."

160. Eigentumserwerb an Wertpapieren, die der Bankier auf Bestellung von Kunden ausgesondert hat (BGB. § 930, HGB. § 384). Urt. vom 4. Dez. 07, I 136/07.

Beide Kläger hatten, jeder für sich, einer Bank eine Kommission zum Umtausch von Effekten derselben Art erteilt. Die Bank teilte den Klägern mit, daß sie den Umtausch vorgenommen habe. Sie geriet später in Konkurs. In der Masse befanden sich die eingetauschten Interimsscheine in zwei Streifbändern, auf denen die Namen beider Kläger vermerkt waren. Kläger klagen auf Herausgabe der Interimsscheine bzw. der während des Prozesses an deren Stelle getretenen Obligationen selbst. Beide Vorinstanzen haben zugunsten der Kläger entschieden.

Gründe des Revisionsurteils:

„Die Revision konnte keinen Erfolg haben. Das Kammergericht hat mit Recht angenommen, daß durch die Ausscheidung der für die beiden Kläger bestimmten Interimsscheine und deren Zurechtlegen in dem mit den Namen der Kläger versehenen Umschlage die Übertragung des Eigentums an den Scheinen seitens der Bank auf ihre genannten Kunden mittels Konstituts (vgl. BGB. § 930) bewirkt wurde. Und zwar geschah dies kraft der zwischen der Bankfirma und den Klägern bestehenden Kommissionsverträge. Beide Kläger hatten unabhängig voneinander und jeder für sich der Bank eine Kommission zum Umtausch von Effekten erteilt. Die Ausführung der Kommission verpflichtet die Bankfirma, den Kommittenten das Eigentum an den eingetauschten Stücken zu verschaffen (vgl. Staub, 8. Aufl., § 384 Anm. 28; Düringer-Hachenburg § 384 Note III, 3). Daß, solange die Nummeraufgabe an die Kläger und die Absonderung der für jeden einzelnen bestimmten Stücke nicht erfolgt war, beide Kläger in einer Gemeinschaft als Miteigentümer standen, hinderte ebensowenig den Eigentumsübergang auf sie, als es die Verpflichtung der Bankfirma aus dem Kommissionsvertrag berührte. Kläger stehen zueinander in einem ähnlichen Verhältnis wie die mehreren Eigentümer der in einem sogenannten Sammeldepot vereinigten Wertpapiere. Die Auseinandersetzung zwischen den Klägern ist im vorliegenden Prozesse nicht in Frage. Wer innerhalb der Bank die Ausscheidung der Interimsscheine für die beiden Kläger vorgenommen hat, ist gleichgültig, es ist dies ein interner Geschäftsvorgang, der die Kläger nicht weiter berührt; die in dieser Hinsicht gestellten Beweisanträge sind unerheblich. Ganz unerfindlich ist, aus welchen Gründen die während des Prozesses und nach Aufhebung des Konkursverfahrens an Stelle der Konkursmasse als Partei eingetretene Abwickelungsgesellschaft das Eigentum der Kläger an den Interimsscheinen und den an ihre Stelle getretenen Obligationen bestreitet, da sich, wie schon hervorgehoben, ihre Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung aus dem Kommissionsverhältnisse ergibt."

161. Sicherungshypothek für Ansprüche einer Gemeinde aus der vom Eigentümer übernommenen Verpflichtung, gewisse Wegebauten auszuführen (BGB. §§ 1184, 894). Urt. vom 4. Dez. 07, V 193/07.

„Der Berufungsrichter sieht in Übereinstimmung mit dem ersten Richter als Gegenstand der streitigen Sicherungshypotheken nicht die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Verpflichtung des Grundeigentümers zur Überwölbung des Dorfbaches und Herstellung der Straße an, sondern den künftigen Anspruch der Beklagten auf Erstattung des Geldbetrages, den sie selbst auf die in ihrer Befugnis liegende Herstellung der gedachten Arbeiten als Geschäftsbesorger für

den Grundeigentümer voraussichtlich verwenden müßte. Diese Auffassung unterliegt rechtlichen Bedenken nicht und entzieht sich, soweit sie sich auf die Vorschriften des SächsBauG. stützt, der Nachprüfung des Revisionsrichters. Es mangelt danach den für die Beklagte eingetragenen Sicherungs- und Höchstbetragshypotheken an einer durch sie sicherzustellenden Geldforderung nicht, wenn diese auch erst künftig zur Entstehung gelangen soll und durch die Ausführung der Arbeiten seitens der Beklagten bedingt ist. Daß diese bedingte Forderung mit einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung des Grundstückseigentümers zusammenhängt, steht ihrer Sicherung durch Hypothek nicht entgegen. Damit fällt die Klage, soweit sie Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der eingetragenen Sicherungs- und Löschungshypotheken begehrt, und es gehen die aus der öffentlichrechtlichen Natur der dem Anbauer gesetzlich obliegenden oder bei Erteilung der Bauerlaubnis auferlegten oder von ihm übernommenen Verpflichtungen hergeleiteten Angriffe der Revision fehl. Die gerügte Verletzung des BGB. § 894 oder der in dem Urt. vom 7. Juni 02 (RGZ. 51, 422) aufgestellten Grundsätze liegt sonach nicht vor."

162. Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung wegen Gefährdung der eheweiblichen Rechte (BGB. §§ 1418, 1391). Urt. vom 4. Jan. 08, IV 252/07.

„Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Die Klägerin hatte ihre Anträge auf BGB. § 1418 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 gestützt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil eine erhebliche Gefährdung der Ersatzansprüche der Klägerin nicht vorliege und auch keine erhebliche Gefährdung des ihr und dem Kinde zukommenden Unterhalts zu besorgen sei.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht verkenne den Begriff Gefährdung; es komme nur darauf an, wie die Verhältnisse zur Zeit der Erhebung der Klage gelegen hätten, spätere Veränderungen könnten das einmal erwachsene Klagrecht nicht in Wegfall bringen.

Der Angriff geht fehl. Der Berufungsrichter hat eine gewisse Gefährdung als gegeben erachtet. Er hat aber angenommen, die Gefährdung sei nicht erheblich. Die Beurteilung der Frage, ob eine Gefährdung erheblich oder nicht erheblich ist, hängt wesentlich von dem richterlichen Ermessen ab. Der Berufungsrichter hat angeführt, es sei dem Beklagten durchweg gelungen, die ihm durch die Rechtsstreitigkeiten seiner Frau verursachten großen Schwierigkeiten ohne eine äußerlich in die Erscheinung getretene Rückwirkung auf das die Grundlage seiner Existenz bildende Handelsgeschäft zu überwinden. Einer besonderen Darlegung, wann die Schwierigkeiten überwunden worden sind, bedurfte es nicht. Die Klägerin selbst hatte für die Zeit nach Erhebung der Klage nur vorgebracht, die für den Monat Oktober 1906 fällige Unterhaltsrate sei erst am 2. Oktober 1906 bei der Post eingezahlt worden. Danach wäre nicht zu beanstanden gewesen, wenn der Berufungsrichter angenommen hätte, schon zur Zeit der Klagezustellung seien die Verhältnisse des Beklagten derartig gewesen, daß für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts nicht zu besorgen gewesen sei (§ 1418 Abs. 1 Nr. 2) und daß die der Klägerin aus der Verwaltung und Nutznießung ihres Mannes zustehenden Ansprüche auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen nicht erheblich gefährdet gewesen seien (§ 1391 Abs. 2). Der Berufungsrichter hat aber auch nicht geirrt, wenn er angenommen haben sollte, die Voraussetzungen, unter denen auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung zu erkennen sei, müßten zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, vorliegen (vgl. Mot. I, 364; JW. 96, 431 Nr. 2; 98, 168 Nr. 42; 03, 238 Nr. 8). Nach § 1418 tritt nicht etwa die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung von Rechts wegen ein, sobald die dort bestimmten Voraussetzungen vorliegen, die Aufhebung erfolgt vielmehr durch das Urteil; sie tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein ..."

163. Kann der Mann die Gütergemeinschaft für die Zeit nach seinem Tode dadurch beseitigen, daß er die Frau zur Gesamterbin einsetzt? Unwirksamkeit einer durch die Frau vorgenommenen Grundstücksveräußerung wegen mangelnder Genehmigung der Kinder (BGB. §§ 1518, 1487, 1445, 1448, 1396). Urt. vom 14. Dez. 07, V 155/07.

Die Beklagte ist von ihrem verstorbenen Ehemanne, mit dem sie in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte, durch Gemeindetestament vom 12. September 1902, wie folgt, bedacht worden:

„Ich setze meine Ehefrau Auguste M. geborene H. als alleinige Erbin meines ganzen Nachlasses ein. Bei Verteilung meines Nachlasses an meine Kinder kann dieselbe eigenmächtig darüber verfügen.

Weiter habe ich nichts zu verordnen."

Der Ehemann der Beklagten starb alsbald darauf und durch notariellen Vertrag vom 13. September 1905 hat diese ihre und ihres Ehemannes Grundstücke nebst Zubehör an die Klägerin, ihre Tochter, verkauft, obschon sie noch zwei großjährige Söhne, Ernst und Emil, hatte. Vom geschuldeten Rest des Kaufpreises hat die Klägerin sofort 2000 ℳ angezahlt, wogegen ihr das hier allein in Frage kommende Grundstück Tr. I Bl. 6 am 1. Oktober 1905 übergeben wurde. Auf die ihr verweigerte Auflassung dieses Grundstücks klagt sie nun.

Aus den Gründen:

„Daß die Beklagte mit ihrem verstorbenen Ehemanne in einer ganz nach BGB. zu beurteilenden Art der Gütergemeinschaft, d. i. nach den pommerschen Bauverordnungen (PrAGBGB. Art. 54 § 5) nicht etwa nach reinem lübischen Recht (Art. 54 §§ 1—4) gelebt hat, spricht der Berufungsrichter zwar nicht ausdrücklich aus, aber nach den Tatbeständen, den Entscheidungsgründen des Oberlandesgerichts und den jetzigen Erklärungen der Revisionsklägerin selbst kann kein Zweifel darüber bestehen.

Durch sein einseitiges Testament vom 12. September 1902 hat der verstorbene Ehemann der Beklagten weder von einem Rechte zur Pflichtteilsentziehung nach BGB. § 1509 Gebrauch gemacht, noch einzelne Abkömmlinge i. S. des § 1511 daselbst von der Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen, noch überhaupt eine mit BGB. §§ 1483—1517 im Einklang stehende Anordnung getroffen. Er hat vielmehr durch Vereinigung des Gesamtvermögens in der Hand der Beklagten zu deren Gunsten die Gütergemeinschaft nach seinem Tode überhaupt beseitigen wollen und hierzu war er nach § 1518 daselbst nicht befugt. Ohne daß es daher noch auf die vom Oberlandesgericht vorsorglich erörterte Frage der formgerechten Zustimmung der Beklagten zu jener Anordnung (BGB. § 1516) ankommt, ist — trotz der Revisionsangriffe dagegen — dem Berufungsurteile darin beizutreten, daß zwischen der Beklagten und ihren drei Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft eintrat und weiter galt und daß daher zur Gutsüberlassung an die Klägerin gemäß BGB. §§ 1487, 1445 die Zustimmung deren beider Brüder notwendig war.

Zu Unrecht bekämpft die Revisionsklägerin auch die tatsächliche Feststellung des Vorderrichters, daß keinesfalls der Sohn Ernst erweislich bisher seine Zustimmung zum Vertrag erteilt habe. Wenn er auch, nicht widersprechend, der notariellen Beurkundung ohne Aufführung in der Urkunde und ohne Beifügung seiner Unterschrift beigewohnt hat, so brauchte das Berufungsgericht darin um so weniger eine Zustimmung zum Vertrage zu finden, als Ernst M. damals vielleicht gar nicht gewußt hat, daß er widersprechen konnte.

Sache der Klägerin war es und ist es noch, sich gemäß BGB. §§ 1448, 1396 Abs. 1, 3 Gewißheit über Vertragsgenehmigung oder Nichtgenehmigung seitens der übrigen Beteiligten zu verschaffen. Solange deren Genehmigung nicht erwiesen ist, gilt der Vertrag nach §§ 1448, 1398 als unwirksam und diese Unwirksamkeit kann auch von der Beklagten selbst geltend gemacht

werden. Mit Unrecht stützt sich die Revision auf vermeintliche besondere obligatorische Verpflichtungen der Beklagten und auf die hier überhaupt nicht zur Anwendung kommenden Bestimmungen über subjektive Unmöglichkeit der Vertragserfüllung — BGB. §§ 523—525 — (vgl. RGZ. 54, 44).

Nach dem allen war die Abweisung der auf einen unwirksamen Vertrag gegründeten Klage gerechtfertigt, ohne daß es auf die weiteren Einwendungen der Beklagten gegen jenen Vertrag zurzeit ankommt."

164. Zerrüttung der Ehe durch schwere Beleidigungen; gegenseitige Tätlichkeiten; Berücksichtigung verziehener Verfehlungen (BGB. §§ 1568, 1573). Urt. vom 9. Dez. 07, IV 137/07.

„. . . Es ist einmal verkannt, daß die von der Beklagten im Laufe der Streitigkeiten im März und April 1903 getanen Äußerungen: ‚Das ist niederträchtig und gemein, ich sehe ein, welch einen gemeinen und niederträchtigen Charakter du kriegst' und ferner die Schimpfworte: ‚Meineidsschwörer und Ehebrecher', gleichviel was sie damit gemeint hat, schon der Form nach schwere Beleidigungen des Mannes enthalten. Mögen sie immerhin, für sich allein betrachtet, zur Begründung der Scheidungsklage nicht ausreichen, so können sie doch unter gebildeten Ehegatten durch keine der vom Berufungsrichter angestellten Erwägungen so weit entschuldigt werden, daß sie nicht wenigstens mit Unterstützung anderer verjährter oder verziehener Tatsachen als vollwichtige Scheidungsgründe verwendbar wären. Der Berufungsrichter fordert ferner zur Anwendung des § 1573 mit Unrecht, daß jene älteren verziehenen Tatsachen immerhin ‚eine schwere Mißstimmung zurückgelassen haben müßten' und kommt zu dem unannehmbaren Ergebnis, dem Kläger die nachträgliche Geltendmachung jener Tatsachen gerade deshalb zu versagen, weil er die ihm widerfahrenen schweren tätlichen Insulten seinerzeit ‚herzlich, restlos, ehrlich vergeben und vergessen hätte'. Im Gegenteil wäre gerade aus der Vollständigkeit und Gründlichkeit der Verzeihung zu folgern gewesen, daß der andere Teil um so peinlicher bemüht sein mußte, sich neue Verfehlungen nicht zuschulden kommen zu lassen. Wenn sich daher die Beklagte nach der im Jahre 1893 erlangten Verzeihung in den Jahren 1896 und 1898 zu neuen wiederum verziehenen Tätlichkeiten und sodann im Frühjahr 1903 zu schweren Beleidigungen hat hinreißen lassen, so waren diese Verfehlungen mit besonders strengem Maße zu messen. Es genügt, von den älteren Vorgängen hervorzuheben, daß die Beklagte auch nach den Annahmen des Berufungsrichters im Januar 1896 den spät und angetrunken nach Hause kommenden Kläger angespuckt und daß sie ihm im Jahre 1898, während er an dem Sohne der Parteien eine ‚objektiv das gewöhnliche Maß nicht übersteigende Züchtigung' vornahm, ohne jede Veranlassung eine Ohrfeige versetzte. Der Berufungsrichter tritt an die Beurteilung dieser überaus schweren älteren wie der neueren Verfehlungen mit Erwägungen heran, die in mehrfacher Beziehung rechtsirrtümlich sind. Er verlangt, daß alle Verfehlungen, wenn damit die Scheidung begründet werden soll, ‚ihren Grund finden müßten in liebloser Gesinnung, in Zank- oder Herrschsucht oder in einem unzähmbaren Temperament', somit in einer Gemütsanlage, die eine Wiederholung ähnlicher Geschehnisse besorgen lasse. Wenn damit gesagt sein soll, daß in § 1573 eine gewisse Gleichartigkeit der verschiedenen Gruppen von Tatsachen vorausgesetzt werde, so ist diese Auffassung vom Reichsgericht bereits vielfach als rechtsirrig zurückgewiesen worden. Es ist ferner übersehen, daß § 1568 Schlußsatz die grobe Mißhandlung — und um eine solche handelt es sich bei allen drei älteren Vorgängen — immer als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten ‚gelten' läßt. Damit ist, wie das Reichsgericht gleichfalls, so erst neuerdings in Sachen R . . . / R . . . (IV 98/07) mit Urt. vom 14. Okt. 07 anerkannt hat, für Berücksichtigung subjektiver Momente, wenn überhaupt, nur ein äußerst geringer Spielraum gelassen. Keinesfalls kann dem schuldigen Teile seine zu Mißhandlungen neigende Charakteranlage, Leidenschaftlichkeit, Heftigkeit und

leichte Erregbarkeit auch nur mildernd zugute gerechnet werden. Ebensowenig wird die Mißhandlung ihres Charakters als schwerer Pflichtverletzung dadurch entkleidet, daß der Mißhandelte darauf seinerseits mit Tätlichkeiten erwidert hat, zumal wenn sie, wie im Streitfalle auch der Berufungsrichter annimmt, nur sehr leichter Natur gewesen sind. Endlich kann nicht davon die Rede sein, daß Mutterliebe oder Sorge um die Gesundheit des Kindes auch nur einigermaßen entschuldigen könnten, daß eine Mutter den in der Ausübung des Züchtigungsrechts begriffenen Vater eben deshalb vor den Augen des Sohnes ohrfeigt. Wenn daher diese und alle sonstigen von dem Berufungsrichter der Beklagten zugute gehaltenen Entschuldigungsgründe völlig versagen, so mußte er bei richtiger Anwendung des Gesetzes zu dem Ausspruch gelangen, daß die Beklagte durch die schweren Beleidigungen vom Frühjahr 1903 in Verbindung mit den besprochenen älteren, verziehenen Mißhandlungen schuldvoll eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten begangen habe. Legt man an das Verhalten der Beklagten den objektiven, deshalb auch in dieser Instanz zu handhabenden Maßstab des Gesetzes an, so ist ferner zu sagen, daß dem Kläger, nachdem er dreimal der Beklagten Verfehlungen schwerster Art verziehen und trotzdem neuen schweren Beleidigungen von ihr ausgesetzt worden ist, die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann . . ."

165. Beiderseitige Zerrüttung der Ehe (BGB. § 1568). Urt. vom 23. Dez. 07, IV 230/07.

„. . . Ist durch schwere Pflichtverletzung des einen Ehegatten das eheliche Verhältnis zerrüttet, so ist damit, wie das Reichsgericht bereits sehr oft ausgesprochen hat, nicht dem anderen Ehegatten der Freibrief gegeben, sich seinerseits in schwerer Weise gegen die Pflichten der Ehe zu vergehen, ohne daß dies als Scheidungsgrund ihm angerechnet werden könnte. Zur Scheidung der Ehe genügt es, wenn die bereits bestehende Zerrüttung durch Verschulden des anderen Teils verstärkt oder vertieft wird, es genügt sogar, wie ebenfalls von dem erkennenden Senat in verschiedenen Entscheidungen bereits ausgeführt ist (Urt. vom 19. Sept. 04 in Sachen N . . . / N . . ., IV 248/04; vom 8. Febr. 06 in Sachen B . . . / B . . . ., IV 384/05 und vom 23. Sept. 07 in Sachen M . . . / M . . ., IV 45/07), die bloße Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes. Wird Klage und Widerklage auf Scheidung erhoben, so ist — abgesehen von dem Zusammenhang, in dem die auf beiden Seiten begangenen Verfehlungen zueinander stehen — für jede Klage besonders zu prüfen, ob die Erfordernisse des BGB. § 1568 erfüllt sind, ob die dem anderen Teile zur Last fallende schwere Pflichtverletzung für sich ausreichen würde, die eingetretene Zerrüttung herbeizuführen, wobei es übrigens keineswegs notwendig ist, daß auf beiden Seiten ein Verschulden von gleicher Schwere vorliegt (Urt. des erkennenden Senats vom 10. Dez. 03, abgedruckt in JW. 04, 63 Nr. 25 und vom 14. Nov. 07, IV 140/07).

Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht in Ansehung des Erfordernisses der Zerrüttung es für genügend erachtet, daß die Beklagte durch ihr ehewidriges Verhalten die von dem Kläger hervorgerufene Zerrüttung vertieft hat und dadurch einen solchen Zustand geschaffen hat, daß auch dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zuzumuten ist . . ."

166. Trunksucht als Scheidungsgrund (BGB. §§ 1568, 1571, 1573). Urt. vom 19. Dez. 07, IV 171/07.

„Das Berufungsgericht nimmt hinsichtlich der Scheidungsklage einen Ehescheidungsgrund aus BGB. § 1568 als vorliegend an, weil die Beklagte seit dem Jahre 1903 bis 1904 beharrlich dem Trunke ergeben gewesen sei, auch für dieses von dem Kläger als ehezerrüttend empfundene unsittliche und ehrlose Verhalten verantwortlich zu machen sei. Es geht hierbei, was die Frage der Verantwortlichkeit betrifft, auf die Aussagen der Sachverständigen ein,

die in dem Strafverfahren gegen die Beklagte wegen Betruges und Urkundenfälschung ihr Gutachten abgegeben haben, ohne die Aussagen der im Ehescheidungsprozeß vernommenen Sachverständigen Oberstabsarzt Dr. R. und Dr. Z. oder den Inhalt der von der Beklagten überreichten ärztlichen Bescheinigung des Dr. W. zu erwähnen. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit der Revision dem Berufungsrichter der Vorwurf zu machen ist, diese Erklärungen, die jedenfalls in den Entscheidungsgründen nicht besonders gewürdigt sind, unberücksichtigt gelassen zu haben und dadurch prozessual gefehlt zu haben. Denn auch materiellrechtlich sind die Ausführungen des Berufungsrichters nicht geeignet, die Entscheidung zu tragen.

Die in dem Strafverfahren vernommenen Sachverständigen haben nach dem freisprechenden Urt. des Landgerichts III Berlin vom 14. Nov. 06 begutachtet, daß die Beklagte schwer hysterisch sei, daß bei derartigen Kranken häufig — was namentlich bei Frauen nach dem Wochenbett vorkomme — Trunksucht in solchem Maße sich einstelle, daß sie dem Verlangen nach alkoholischen Getränken nicht widerstehen könnten und daß deshalb die Zurechnungsfähigkeit der Beklagten bei Begehung der von ihr zur Erlangung von Alkohol unternommenen Straftaten mit Grund zu bezweifeln sei. Diese Gutachten hält der Berufungsrichter in der vorliegenden Sache um deswillen nicht für entscheidend, weil sie auf die Zeit der Begehung der Straftaten, Ende 1905 und Anfang 1906, sich bezögen, wo die Trunksucht der Beklagten am meisten ausgebildet gewesen sei. Beklagte habe aber ‚jahrelang' und zwar in immer steigendem Maße der Trunksucht sich hingegeben und sei deshalb der Schluß gerechtfertigt, daß sie im Anfangsstadium der Trunksucht bei einiger Energie, die man von jedem Menschen verlangen müsse, imstande gewesen wäre, dem Laster Einhalt zu tun, wie sie denn nach Anfang 1906 (nach ihrer Behandlung im Krankenhaus) nicht mehr dem Trunke ergeben sei. Ein Verschulden der Beklagten findet somit der Berufungsrichter lediglich darin, daß sie der krankhaften Neigung zum Trinken im Anfangsstadium, wo sie derselben noch widerstehen konnte, nicht entgegengetreten ist, ohne daß der Zeitraum des Anfangsstadiums von ihm begrenzt wird und ohne daß eine Feststellung darüber getroffen wird, ob ein solches Verschulden der Beklagten noch in den letzten sechs Monaten vor der am 10. Dezember 1905 erfolgten Trennung der Parteien bestanden hat. Die Trunksucht kann aber entsprechend dem allgemeinen Grundsatz des § 1571 einen Ehescheidungsgrund nur bilden, wenn die Erfordernisse der schweren Eheverfehlung nicht bloß objektiv, sondern auch in subjektiver Beziehung, was das Verschulden des Ehegatten betrifft, innerhalb des Zeitraums der letzten sechs Monate vorgelegen haben, wobei das frühere Verhalten des Ehegatten nur unterstützungsweise (§ 1573) in Betracht kommen kann. Es ist insbesondere nicht möglich, wie der erkennende Senat bereits in der Prozeßsache F . . . / F . . . in dem Urt. vom 3. Juni 07 (IV 554/06) ausgesprochen hat, die Scheidung auf Trunksucht zu gründen, wenn der Ehegatte in den letzten sechs Monaten für sein übermäßiges Trinken nicht mehr sittlich verantwortlich gemacht werden kann.

Dies verkennt der Berufungsrichter. Sein Urteil unterliegt deshalb der Aufhebung."

167. Stillschweigende Verzeihung von Scheidungsgründen (BGB. § 1570). Urt. vom 9. Dez. 07, IV 185/07.

„. . . Die Beurteilung des Kammergerichts beruht wesentlich auf tatsächlicher Würdigung der Sachlage. Eine ausdrückliche Erklärung der Klägerin, dem Beklagten die Mißhandlung verzeihen zu wollen, steht nicht in Frage. Die Briefe und Karten der Klägerin enthalten von einer ausdrücklichen Verzeihung nichts. Es kann sich nur fragen, ob der Ton, in dem sie geschrieben sind, ein deutlicher Beweis dafür ist, daß sich bei der Klägerin eine Veränderung ihrer Gesinnung gegenüber ihrem Manne zu dessen Gunsten in der Richtung geltend gemacht hatte, daß sie das ihr widerfahrene Unrecht in ihrem

Gemüte nicht mehr nachtragen wollte. Wäre dieser Beweis als durch den Ton der Briefe und Karten geführt anzusehen, so müßte der Verzeihungseinwand allerdings durchgreifen. Die Klägerin durfte sich gegenüber einer deutlich zum Ausdruck gebrachten versöhnlichen Stimmung nicht darauf berufen, daß sie in Wirklichkeit gar nicht an eine Verzeihung gedacht habe. Ein geheimer Vorbehalt müßte unberücksichtigt bleiben (JW. 01, 386; 05, 371 Nr. 12; 06, 753 Nr. 25).

Das Kammergericht hat aber gerade verneint, daß in den Briefen und Karten eine versöhnliche Gesinnung der Klägerin deutlich zum Ausdrucke gelangt sei. Daß bei dieser Beurteilung ein Rechtsirrtum untergelaufen wäre, ist nicht ersichtlich. Die Anrede: ‚Lieber Wilhelm' und die Schlußwendung: ‚mit besten Grüßen und Küssen' in dem einen der Schreiben, zwingen nicht zu der Schlußfolgerung, die Schreiberin, eine sechzigjährige Frau, habe in dieser Form mehr ausgedrückt, als eben unter Gebildeten die übliche Rücksicht auf Anstand und Sitte im Briefwechsel erheischte . . ."

168. Testamentarische Ermächtigung des mit dem Nießbrauch am Nachlasse bedachten Vermächtnisnehmers zur Aufnahme von Hypotheken; sind die Vorschriften BGB. § 1089 zwingenden Rechts? Besorgnis der Unzulänglichkeit des Nachlasses (BGB. §§ 1939, 168; 1081, 1088; 2014 ff., 2176, 1978, 1979, 1991). Urt. vom 28. Nov. 07, IV 146/07.

„Der Berufungsrichter nimmt an, daß die Beklagte im Testamente ihres Ehemannes neben dem Vermächtnis des lebenslänglichen Nießbrauchs am Nachlasse noch weiter mit der Ermächtigung bedacht ist, sich durch hypothekarische Belastung der Nachlaßgrundstücke sowohl zum Zwecke der Tilgung von Nachlaßschulden als auch ‚zu anderen Zwecken' Kredit zu verschaffen. Er erblickt darin die vertretungsweise Übertragung der an sich dem Grundstückseigentümer zustehenden rechtlichen Verfügungsmacht auf die Beklagte und erachtet damit die zum Begriffe des Vermächtnisses (BGB. § 1939) erforderliche Zuwendung eines Vermögensvorteils als gegeben. Vergeblich versucht die Revision die Unrichtigkeit dieser Auffassung nachzuweisen. So gewiß unter Lebenden die Vollmacht als eine für die Dauer eines bestimmten Rechtsverhältnisses unwiderrufliche erteilt werden darf (BGB. § 168; RGZ. 52, 99), so wenig läßt sich rechtsgrundsätzlich beanstanden, daß eine derartige und zwar auch eine im eignen Interesse auszuübende Vertretungsmacht (procurator in rem suam) auf die Dauer des ihm zugewendeten Nießbrauchs für den Vermächtnisnehmer durch Verfügung von Todes wegen begründet werden kann . . . Mit Recht ist ferner ausgeführt, daß nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers weder die Bestimmung des BGB. § 1081, noch gewisse andere dem Nießbrauchsrecht angehörige Vorschriften derart zwingenden Rechtes sind, daß sie weder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden noch von Todes wegen abgeändert werden könnten. Mag auch der Kreis der Sachenrechte derart geschlossen sein, daß er durch Parteivereinbarung nicht erweitert werden kann, so ist doch damit nicht ausgesprochen, daß auch die Ausgestaltung dieser Rechte und der daraus fließenden obligatorischen Beziehungen jeder Abänderung durch Privatwillen entzogen sei. Beispielsweise würde, wenn dies die Meinung des Gesetzes wäre, die Bestimmung im BGB. § 1088 Abs. 2 nicht zu verstehen sein . . . Zwar trifft den Erben die Verantwortlichkeit dafür, daß er den Nachlaß ordnungsmäßig verwaltet und namentlich die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen nicht auf Kosten andrer Nachlaßgläubiger berichtigt (BGB. §§ 1978 Abs. 1, 1979, 1991 Abs. 1 und 4). Nicht aber kann er, auch ohne die Einreden aus §§ 2014 ff. vorzuschützen, die Verurteilung zur Befriedigung eines fälligen Vermächtnisanspruches (§ 2176) schon damit abwenden, daß er im allgemeinen die Befürchtung erhebt, es möchten noch andere ungedeckte, vielleicht die Unzulänglichkeit des Nachlasses ergebende Verbindlichkeiten vorhanden sein . . ."

169. Inwieweit sind die vor dem Unfall tatsächlich bestehenden Erwerbsverhältnisse des Verletzten von Bedeutung für die Bemessung des Schadensersatzes? (HaftpflG. § 3; BGB. § 843; ZPO. § 287). Urt. vom 5. Dez. 07, VI 398/07.

„. . . Die Revision macht geltend, daß die abstrakte Fähigkeit des Erwerbes, wenn der Kläger in den Jahren unmittelbar vor dem Unfalle tatsächlich einen entsprechenden Erwerb nicht erzielt, auch nicht in sicherer Aussicht gehabt habe, der Bemessung der Rente nicht zugrunde gelegt werden könne. Zu Unrecht sei der von der Beklagten angetretene Beweis unerhoben geblieben, daß der Kläger vor dem Unfall gar kein Geschäft betrieben, sondern sich notdürftig mit einem Tagesverdienst von etwa 2 ℳ als Winkelkonsulent ernährt habe, die vorgelegten Geschäftsbücher auch erst während des Prozesses ganz willkürlich nachträglich angefertigt worden seien. Der Kläger sei eine gescheiterte Existenz gewesen, die in ihrer ursprünglichen Berufstätigkeit noch etwas zu erwerben gar nicht in der Lage gewesen sei.

Der Revision war der Erfolg zu versagen.

Die Schätzung des dem Kläger infolge des Unfalls entstandenen Schadens seitens des Berufungsgerichts ist nach freier Überzeugung auf Grund ZPO. § 287 erfolgt, der die Aufnahme eines beantragten Beweises dem Ermessen des Gerichts überläßt. Ein Angriff in der Revisionsinstanz ist dagegen nur insoweit möglich, als entweder die rechtlichen Unterlagen, auf denen die Schätzung erfolgte, als fehlerhaft sich darstellen, indem sie die materiellrechtlichen Bestimmungen über den Schadensersatz verletzen, oder das Berufungsgericht bei Anwendung des freien Ermessens nach ZPO. § 287 wesentliche, die Schätzung bedingende Tatsachen außer acht gelassen hätte (JW. 07, 310 Nr. 11). Beides wird von der Revision behauptet, beides ist aber zu verneinen.

Die Bestimmungen des HaftpflG. § 3 wie des BGB. § 843 gewähren dem Beschädigten einen Anspruch auf Ersatz des Vermögensnachteils, den er infolge der ihm zugefügten Verletzung durch Aufhebung oder Minderung seiner Erwerbsfähigkeit erlitten hat. Dieser Vermögensnachteil liegt in der Zeit nach dem schädigenden Ereignisse und besteht in dem Unterschiede des Erwerbes, den der Verletzte ohne dieses Ereignis aus seiner Arbeitskraft hätte ziehen können und gezogen haben würde, und demjenigen, den zu ziehen er nach der Beschädigung noch imstande ist. Er entzieht sich einer unmittelbaren Feststellung, da das Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses eine Ausnutzung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten, wie sie ohne dieses Ereignis sich gestalten würde, nicht mehr zur Entstehung kommen läßt. Zur Grundlage der Ermittelung dieses Unterschiedes kann der tatsächliche Erwerb des Verletzten in der Zeit unmittelbar vor der Verletzung allein nicht dienen, da er für die Gestaltung des Erwerbes in der Zukunft nur einen von mehreren Faktoren bietet. Die allgemeine und objektive Unterlage für die Ermittelung jenes Unterschiedes und damit des Schadens, der dem Beschädigten zu ersetzen ist, bietet die erfahrungsmäßige normale Erwerbsfähigkeit und Ausnutzung der Arbeitskraft einer Person in den Lebensverhältnissen des Verletzten; als besondere Momente sind der tatsächliche Erwerbsstand und die Erwerbstätigkeit des Verletzten vor dem schädigenden Ereignisse und die konkreten sein Fortkommen nach seiner Persönlichkeit und der Umgebung, in der er lebt, bedingenden Verhältnisse mitbestimmend in Betracht zu ziehen. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall führt zu dem Ergebnisse, daß, wenn der Verletzte vor dem Unfalle von seiner Arbeitskraft dauernd keinen oder nur geringen Gebrauch gemacht hat, ihm voraussichtlich insoweit auch für die Zukunft ein Vermögensnachteil aus dem Unfalle nicht erwachsen ist, zu dessen Ausgleichung der Schadensersatzanspruch des Gesetzes gegeben ist. In solchem Falle wird es Sache des Verletzten sein, darzutun, daß er in der Zukunft seine Arbeitskraft verwertet haben würde, wenn er einen Leistungsanspruch auf Schadensersatz erheben will. Andererseits wird der Ersatzpflichtige den Beweis zu übernehmen haben, daß der Verletzte in Zukunft auch ohne den

Unfall nichts oder weniger verdient haben würde, wenn feststeht, daß er vor diesem Ereignisse einen bestimmten und dauernden Erwerb gehabt hat. So geben die tatsächlichen Erwerbsverhältnisse des Verletzten in der dem Unfall unmittelbar vorausgehenden Zeit allerdings den Ausgangspunkt für die Ermittelung des Schadens in der Zukunft ab, sofern es sich nicht um eine zufällige und vorübergehende Gestaltung, sondern um einen Dauer verheißenden Zustand handelt; der rechtliche Gesichtspunkt bleibt aber immer, daß der Verlust der Arbeitskraft und der ihr entspringenden Erwerbsquelle es ist, für die der Haftpflichtige Ersatz zu leisten hat (vgl. RGZ. 16, 80; 17, 45; 34, 123)..."

170. Kann der aus dem Konnossement berechtigte Empfänger Frachtvorschüsse des Verfrachters von der Konnossementsfracht kürzen? (HGB. § 614). Urt. vom 27. Nov. 07, I 72/07.

„... Wer auf Grund eines Konnossements Stückgüter aus einem Seeschiffe empfängt, hat die Konnossementsfracht für diese Güter zu entrichten. Ob der Verfrachter von dem Befrachter, der das ganze Schiff beladen hat, schon Vorschüsse auf die Charterfracht erhalten hat, ist eine Angelegenheit, die den Empfänger als solchen nicht berührt. Nur wo der Empfänger als Vertreter des Befrachters dem Schiffe gegenübertritt, würde er derartige Vorschüsse kürzen können ..."

171. Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts (HGB. § 344). Urt. vom 11. Dez. 07, I 113/07.

„... Die Ansicht, daß die von einem Kaufmann bewirkte Veräußerung seines kaufmännischen Geschäftes noch ein zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöriges Geschäft, ein Handelsgeschäft des Kaufmanns sei, die in der Literatur vielfache Vertretung gefunden hat, ist auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts als richtig anerkannt worden (Urt. des 3. ZS. vom 20. Juni 99, JW. S. 494 Nr. 32; vgl. auch die Urt. vom 29. Sept. 81, I 605/80 und vom 2. Jan. 03, VII 351/02, JW. S. 63 Nr. 3) ..."

172. Ausweichesignal in der Schiffahrt (KaisVO. vom 9. Mai 97 Art. 28, 17 bis 27). Urt. vom 18. Nov. 07, I 48/07.

„... Beizutreten ist dem Oberlandesgericht auch darin, daß die Mitschuld der Elbe dadurch verstärkt wird, daß diese, als sie die Rechtsdrehung der Cordoba wahrnahm, auch ihrerseits ihr Ruder etwas nach rechts gelegt hat, um das erwartete und durch die Sachlage gebotene, dann aber nicht ausgeführte Manöver der C. sachgemäß zu unterstützen. Wenn die Revision darauf zurückkommt, daß es für die E. geboten gewesen sei, dies Rechtsruder bereits durch einen kurzen Ton mit der Dampfpfeife zu signalisieren, so verkennt sie die Bedeutung der KaisVO. Art. 28. Diese macht das Signal nur obligatorisch, wenn das Dampfschiff ‚einen diesen Vorschriften entsprechenden Kurs einschlägt', d. h. den Vorschriften entsprechend, die in den Art. 17—27 über das Ausweichen der Schiffe gegeben sind. Die E. beabsichtigte aber, wie das Oberlandesgericht mit Recht angenommen hat, mit ihrem schwachen Rechtsruder keineswegs ein besonderes, in den genannten Artikeln vorgesehenes Ausweichemanöver einzuschlagen, vielmehr wollte sie auf der ihr zustehenden Stromseite verharren und der C., die sie im Begriffe sah, ihre Stromseite wieder einzunehmen, nur so viel Raum lassen, wie angängig war ..."

173. Ausweichepflicht von Schiffen; Verteilung des durch Kollision entstandenen Schadens (KaisVO. vom 8. Mai 97 Art. 18, 19, 21, 27; HGB. § 735). Urt. vom 27. Nov. 07, I 57/07.

„Das Oberlandesgericht gibt zu, daß ‚Altona' bis zum ersten Sichten des Schleppzuges ohne Verschulden manövriert hat und damals davon ausgehen

konnte, daß ihr das Wegerecht zustand; es erblickt aber ein Verschulden auf ihrer Seite darin, daß, als sie aus dem Linksrudersignal des Schleppzuges erkannte, daß dieser ihr das Wegerecht nicht zugestand, trotz der drohenden Kollisionsgefahr bei ihrer Vorausfahrt unter Rechtsruder beharrte. Diese Beurteilung ist rechtlich einwandfrei. Es ist vollkommen zutreffend, daß, wenn ein dem andern Schiffe als ausweichepflichtig erscheinendes Schiff in erkennbarer Weise seiner Ausweichepflicht nicht nachkommt und dadurch die Gefahr eines Zusammenstoßes entsteht, der durch Kurshalten des andern Schiffes nicht begegnet werden kann, dann dieses letztere gemäß KaisVO. Art. 27 alles ihm zu Gebote stehende tun muß, um die Kollision zu verhüten. So lag die Sache hier. Die ‚Altona' erkannte aus dem Linksrudersignal des Schleppzuges, daß dieser nicht ausweichen konnte oder wollte, vielmehr ihren Kurs zu kreuzen beabsichtigte; auch bestand nach der Feststellung des Oberlandesgerichts für den Fall, daß beide Schiffe die Vorausfahrt unter den signalisierten Kursen beibehielten, eine unvermeidliche Kollisionsgefahr. Diese Sachlage entband die ‚Altona' von der ihr vielleicht an sich nach Art. 21 obliegenden Verpflichtung, Kurs und Geschwindigkeit beizubehalten. Nebenbei bemerkt, hat sie auch gar nicht Kurs gehalten, sondern ist beständig unter Rechtsruder vorwärtsgefahren. Mit Recht nimmt das Oberlandesgericht an, daß sie in Ermangelung anderer ihr zu Gebote stehenden Maßnahmen hätte stoppen müssen. Allerdings ist nicht ausdrücklich festgestellt, daß durch Stoppen der ‚Altona' die Kollision vermieden worden wäre, doch liegt dieser Gedanke der Argumentation des Oberlandesgerichts zweifellos zugrunde. Die ganze Sachlage spricht durchaus dagegen, daß es beim Sichten des Schleppzuges und dem gleichzeitig vernommenen Linksrudersignal desselben schon zu spät gewesen wäre, die Kollision durch Stoppen zu verhüten. Der Führer der ‚Altona' selbst hat die Zeit zwischen diesem Signal und dem Zusammenstoß auf 5 bis 10 Minuten geschätzt (Nr. 18 S. 5 d. A.); auch kommt in Betracht, daß beide Schiffe nach dem ersten Signalaustausch dieselben Signale noch einmal ausgetauscht haben, offenbar beide in der Erwartung, daß, wenn der Gegendampfer ihr Signal respektiere, die Kollision noch vermieden werde. Danach hatte das Oberlandesgericht keine Veranlassung, ausdrücklich auszusprechen, daß die der ‚Altona' angesonnene Maßnahme auch wirksam gewesen sein würde. Eventuell hätte ihr ja auch noch die weitere Maßnahme offen gestanden, rückwärts zu gehen. Wenn die Revision ein Anzeichen dafür, daß ein Stoppen nichts mehr genützt haben würde, darin erblicken will, daß die Kollision eingetreten sei, obwohl die ‚Altona' andauernd rechts gefahren sei, so ist das durchaus unschlüssig. Denn durch dieses Rechtsfahren wurde das beabsichtigte Kreuzen des Buges der ‚Altona' für den Schleppzug nicht erleichtert. Die nach dem Linksrudersignal vom Standpunkte der ‚Altona' angeblich gegebene Möglichkeit, daß der Schleppzug elbabwärts fahren würde, kann in dieser Instanz nicht berücksichtigt werden, da Klägerin sich hierauf in der Vorinstanz nicht berufen hat. An sich ist nach der Sachlage anzunehmen, daß die ‚Altona' mit der Absicht des Schleppzuges, elbaufwärts zu fahren, gerechnet hat und ihr Verhalten lediglich durch die Erwägung bestimmen ließ, daß der Schleppzug dabei nach rechts auszuweichen habe.

Es könnte hiernach nur in Frage kommen, ob das Oberlandesgericht den Schaden in Anwendung des HGB. § 735 richtig verteilt hat. Diese Frage wäre zu verneinen, wenn anzunehmen wäre, daß der Schleppzug von vornherein eine ihm nach der KaisVO. Art. 19 obliegende Ausweichepflicht verletzt und dadurch der ‚Altona' das Wegerecht entzogen hätte. Ein Schiff, das schuldhafterweise das andere in die Zwangslage versetzt, auf das ihm an sich zustehende Wegerecht zu verzichten, ist regelmäßig als Haupturheber einer Kollision anzusehen, die auf dieser Grundlage dadurch entsteht, daß das andere Schiff der ihm damit widerrechtlich zugeschobenen Ausweichepflicht ungenügend nachkommt. So liegt aber die Sache hier nicht. Vielmehr hatte man vom Schleppzuge aus die ‚Altona' zuerst bemerkt und zwar zu einer Zeit, als kreuzende

Kurse noch nicht vorlagen und es gerechtfertigt erschien, daß beide sich Steuerbord an Steuerbord passierten. Dies veranlaßte den Schleppzug, das erste Linksrudersignal zu geben, und demgemäß zu manövrieren. Von seinem Standpunkte mußte es als ein Verstoß der ‚Altona‘ erscheinen, daß sie ihm hierauf ihre Backbordseite zeigte, wodurch alsdann die kreuzenden Kurse entstanden. Auch ihm gereicht es daher zu einer gewissen Entschuldigung, daß er jetzt bei dem einmal berechtigt gewählten Manöver beharrte, wohl in der Erwartung, daß das Gegenschiff daraufhin seinen Kurs ändern werde.“

174. Zum Begriff des Schiffsführers (BinnenSchG. §§ 3, 7, 8). Urt. vom 7. Dez. 07, I 92/07.

Die beklagte Schiffahrtsgesellschaft schleppte gemäß einem mit der Garnisonverwaltung zu D. abgeschlossenen Vertrage das Militärbad elbaufwärts nach seinem Sommerstandorte. Sie benutzte dazu zwei ihrer Dampfer. Als ihr oberster Beamter befand sich auf dem Schleppzuge ihr Inspektor B. Ein zum Militärbade gehöriger Ponton riß sich unterwegs los. Nach der Behauptung des Klägers ist dadurch sein Kahn zu Schaden gekommen und hat B. diesen Schaden verschuldet.

Aus den Gründen:

„Die Revision wendet sich zunächst gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß B. als Schiffer i. S. des BinnenSchG. §§ 3, 8 anzusehen sei. Sie meint, als solcher könne er jedenfalls nur insoweit betrachtet werden, als er Funktionen eines Schiffers erfüllt habe, an sich sei er nur Landgehilfe der Beklagten gewesen. Dasjenige aber, was ihm vorgeworfen werde, berühre überhaupt nicht die Aufgaben eines Schiffers, jedenfalls nicht nach den Schleppbedingungen der Beklagten. Gegenüber den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts über Stellung und Tätigkeit des B. bei dem Transporte kann der Angriff der Revision keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung, daß B. Führer des Schleppzuges, Schiffer i. S. des BinnenSchG. gewesen sei, damit: um das Zusammenwirken der Kapitäne der beiden Dampfer und der militärischen Hilfsmannschaft zwecks sicherer Verbringung des Bades mit Zubehör an seinen Sommerstandort zu ermöglichen, habe es eines mit besonderem Ansehen bekleideten, den beiden Kapitänen vorgesetzten Oberbefehlshabers bedurft, der selbst schiffahrtskundig gewesen. Zu diesem sei B. als Inspektor der den Transport ausführenden Schiffahrtsgesellschaft und früher langjähriger, daher erfahrener Schiffskapitän bestimmt worden. Dazu wird auf Grund des Zeugnisses W. festgestellt, daß B. die Oberleitung bei dem Transporte auch tatsächlich ausgeübt und zu diesem Zwecke seinen Standpunkt auf dem Turm der geschleppten Badeanstalt genommen habe, von wo aus er das ganze zu übersehen und zu leiten vermochte. Danach war die Stellung des B. keineswegs derart, daß er nur die beiden Kapitäne bei der Ausführung des Transportes zu unterstützen hatte und ihnen auch, in Vertretung der Schiffseignerin, einzelne Anweisungen erteilen durfte (vgl. BinnenSchG. § 7 Abs. 3), sondern er war für den Transport und dessen Dauer den Kapitänen der beiden Schiffe vorgesetzt und hatte demnach selber über die Führung der Schiffe zu bestimmen, während die an seine Befehle gebundenen Kapitäne insolange nur als seine untergeordneten Hilfsorgane erscheinen. Bei dieser die Leitung des Transports und der ihn ausführenden Schiffe unbedingt in seine Hand legenden Überordnung ist es gerechtfertigt und verstößt nicht gegen das Gesetz, in B. nicht einen bloßen Landgehilfen der „Kette“, sondern den Schiffsführer zu erblicken. Hierfür ist es ohne Bedeutung, ob man das verbundene Ganze, wie das Berufungsgericht tut, einen Schleppzug im weiteren Sinne nennen will, oder ob man diese Bezeichnung auf eine Verbindung beschränkt, deren Anhänge ebenfalls Schiffe sind. Der Eigenschaft als Schiffsführer steht auch nicht der Umstand entgegen, daß diese Stellung nur vorübergehend, für einen einzelnen Transport über-

tragen war — Urt. vom 13. März 01, I 434/00 — und daß B. zur Ausübung seines Kommandos sich einen geeigneten Standplatz außerhalb der beiden Schiffe auf der geschleppten Badeanstalt gewählt hatte . . ."

175. Werden durch die Abstimmung der Mitglieder einer G. m. b. H. selbständige rechtliche Wirkungen zwischen ihnen erzeugt? (BGB. § 157). Urt. vom 18. Nov. 07, I 611/06.

„Das Oberlandesgericht verneint die Frage, ob die Beklagten auf Grund eines Vertragsverhältnisses der Klägerin für den Verlust der Stammeinlage hafteten, in dem es erwägt, daß die Gesellschafter bei den Abstimmungen in den Gesellschaftsversammlungen als Organe der Gesellschaft in Ausübung ihres Mitgliedsrechts handeln, die Erklärung jedes einzelnen nur als Teil der Gesamterklärung Bedeutung habe und als solche keine selbständige Rechtswirkungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern herbeiführen könne. Die Revision erblickt hierin einen Verstoß gegen die Bestimmungen des GmbHG. und BGB. § 157, weil die Gesellschafter bei ihrem Verhalten auch die nach dem Gesellschaftsvertrage einander geschuldeten Pflichten beachten müßten. Allein das Oberlandesgericht hat keineswegs in Abrede gestellt, daß durch den Gesellschaftsvertrag auch zwischen den einzelnen Gesellschaftern bestimmte Rechte und Pflichten begründet werden können, sondern nur verneint, daß durch die Abstimmung als solche — wenn nämlich der Gesellschafter in Betätigung des ihm nach der Satzung zustehenden Rechts zur Mitverwaltung der Gesellschaft sein Stimmrecht ausübt — selbständig rechtliche Wirkungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern erzeugt würden. Verfährt der Abstimmende hierbei arglistig, um einen Mitgesellschafter zu schädigen, so verletzt er nicht eine Vertragspflicht gegen diesen und wird deshalb für den entstandenen Schaden haftbar, sondern er haftet auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, die das Verhalten außerhalb des Vertrages regeln. Daß die Beklagten in dem Gesellschaftsvertrage eine besondere Vertragspflicht der Klägerin gegenüber übernommen hätten, hat die Revision nicht behauptet . . ."

176. Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des die Ausschließung eines Mitgliedes einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft aussprechenden Beschlusses; Gerichtsstand (GenG. § 51). Beschl. vom 16. Nov. 07, I 512/07.

„Für die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft auf Grund des GenG. § 51 ist gemäß Abs. 3 dieser Gesetzesvorschrift das Landgericht, in dessen Bezirke die Genossenschaft ihren Sitz hat, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig. Nach ZPO. § 547 Nr. 2 unterläge also der Wert des Beschwerdegegenstandes in Ansehung der Zulässigkeit der Revision keiner besonderen Prüfung, wenn es sich in dem vorliegenden Rechtsstreite um die in dem angeführten § 51 geregelte Anfechtungsklage handelte. Dies ist aber nicht der Fall. Schon in der Klage wird im Hinblicke auf den Ablauf der im § 51 Abs. 1 für die Klagerhebung bestimmten einmonatigen Frist dargelegt, daß der geltend gemachte Anspruch nicht unter § 51 falle. In Übereinstimmung mit dieser Auffassung ist der vom Kläger gestellte Antrag nicht darauf gerichtet, die in Frage stehenden Beschlüsse, durch welche der Kläger aus der Genossenschaft ausgeschlossen wurde, für nichtig zu erklären, sondern darauf, festzustellen, daß die Beschlüsse ungültig sind, soweit sie die Ausschließung des Klägers aussprechen, und daß der Kläger auch in Zukunft Genosse der verklagten Genossenschaft bleibt. Es nehmen denn auch beide Vorinstanzen an, daß GenG. § 51 keine Anwendung finde. Diese Annahme ist zutreffend, da es sich bei dem Rechte der Zugehörigkeit zu einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft um ein Sonderrecht oder doch um ‚eine Art von Sonderrecht' handelt (RGZ. 51, 89) . . ."

177. Umfang des Patentschutzes bei Patentierung eines Teiles in seiner Verbindung mit anderen Teilen (PatG. § 1). Urt. vom 9. Nov. 07, I 499/07.

„... Wenn drei Teile zu einem Ganzen verbunden sind und dann ein Teil, aber in seiner Verbindung mit den beiden anderen Teilen, geschützt wird, so erstreckt sich der Schutz notwendig auch auf die Verbindung dieser drei Teile miteinander ..."

178. Zurücknahme des Nichtigkeitsantrages nach Erlaß aber vor Zustellung der patentamtlichen Entscheidung (PatG. §§ 15, 28, 33). Urt. vom 9. Nov. 07, I 514/06.

„Die Berufungsklägerin macht zunächst geltend, daß die Entscheidung des Patentamtes nach Eingang der Erklärung, daß der Nichtigkeitsantrag zurückgezogen werde, nicht mehr habe zugestellt werden dürfen. Dies ist unrichtig. Die Entscheidung war mit der Verkündung im Termine ergangen und mußte nach PatG. § 15 von Amts wegen zugestellt werden. Spätere Anträge und Eingaben der Beteiligten mußten hierauf ohne Einfluß bleiben.

Zur Stütze der Berufung aber kann die Zurücknahme des Nichtigkeitsantrages allerdings dienen. Es ist als richtig anzuerkennen, daß der Antrag auf Nichtigkeitserklärung eines Patents so lange immer noch zurückgezogen werden kann, bis eine rechtskräftige Entscheidung auf Vernichtung vorliegt, also auch noch in der Berufungsinstanz."

179. Passivlegitimation des bei Eingang des Nichtigkeitsantrages in der Patentrolle eingetragenen Patentmitinhabers (PatG. §§ 33, 31). Urt. vom 9. Dez. 07, I 384/06.

„... Für die Entscheidung im Kostenpunkte kommen PatG. §§ 33 Ziff. II und 31 in Betracht. Die Kostenlast trifft auch den Mitbeklagten Sch., obgleich er sich sachlich auf das Verfahren nicht eingelassen hat. Denn da er zur Zeit des Eingangs des Nichtigkeitsantrages in der Patentrolle als Mitinhaber des Patents eingetragen war, so war der Antrag mit Recht auch gegen ihn gerichtet. Daran hat, wie das Patentamt zutreffend ausgeführt hat, seine spätere Löschung in der Patentrolle nichts geändert, und auch sein Antrag auf Entlassung aus dem Verfahren ist, beim Widerspruche der Klägerin, mit Recht abgelehnt worden. Daraus folgt, daß auch gegenüber der Berufung der Klägerin gegen die erstinstanzliche Entscheidung der Mitbeklagte Sch. passiv noch legitimiert war und daß also mit Recht die Klägerin ihre Berufung, neben dem Mitbeklagten Schl., auch gegen den Mitbeklagten Sch. gerichet hat."

180. Verwechselungsgefahr zwischen mehreren Zeichen (WarenZG. § 20). Urt. vom 23. Dez. 07, II 358/07.

„Mit Unrecht greift die Beklagte an erster Stelle das Berufungsurteil deshalb an, weil es materiellrechtlich nur abstrakt, ohne Berücksichtigung der konkreten Sachlage begründet sei. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß bei Prüfung der Verwechselungsgefahr zwischen mehreren Zeichen i. S. des WarenZG. § 20 das Verkehrsbild der Zeichen in ihrem praktischen Gebrauch und zwar als Gesamtbild in seiner Wirkung auf das Durchschnittspublikum ins Auge zu fassen sei, und hat das Durchschnittspublikum näher dahin bestimmt, daß darunter die beteiligten Verkehrskreise, namentlich die Durchschnittskäufer im Kleinhandel zu verstehen seien. Es hat also gerade die Käufer der mit den fraglichen Zeichen versehenen Waren (Feilen) der Parteien berücksichtigt, die im Kleinhandel vielfach Handwerker sein werden; ob sie Kunden der Beklagten sind, ist nicht entscheidend, da die Waren der Beklagten auch durch Wiederverkäufer weiter vertrieben werden. Im Anschlusse hieran hat das Oberlandesgericht ausgeführt, wesentlich, d. i. das eigentliche Unterscheidungszeichen darstellend, sei in den beiderseitigen Zeichen die ausgestreckte Hand, der gegenüber träten die

Unterschiede zwischen den Zeichen nicht hervor und würden leicht übersehen. Da der Käufer in der Regel sich rasch zu entscheiden und die beiden Zeichen beim Einkauf nicht nebeneinander vor sich liegen habe, ja vielleicht das Kollisionszeichen gar nicht kenne und bei der Härte des Metalls und der wenig ausdrucksvollen Ausprägung namentlich bei den kleineren Feilen die Unterschiede so wenig hervortreten, daß sogar für denjenigen Käufer, welcher wegen der Kleinheit der Zeichen vielleicht aufmerksamer zusehe, doch die Gefahr der Verwechselung bestehe. Das Oberlandesgericht hat ferner auf das Vorbringen der Beklagten hin erwogen, die Aufprägung der Firma der Beklagten neben ihrem Zeichen auf den Feilen räume die Verwechselungsgefahr nicht aus; denn nach ihrer eigenen Angabe geschehe dieses nur auf den größeren Feilen, dann sei aber auch für viele Abnehmer nur die Marke, nicht die Firma von Bedeutung; es hat die Behauptung der Beklagten, Verwechselungen zwischen den Zeichen seien noch nicht vorgekommen, da die beiderseitigen Absatzgebiete sich nicht berührten, mit der Feststellung als unbeachtlich erklärt, die Beklagte habe selbst unbestrittenermaßen Feilen der Klägerin, mit deren Zeichen versehen, bezogen und an ihre Kunden abgesetzt, daher in dieser Beziehung doch Verwechselungsgefahr bestehe; es hat endlich verneint, daß man annehmen könne, der Verkehr sei sich infolge des längeren, unbeanstandet gebliebenen Nebeneinanderbestehens beider Zeichen der Unterschiede zwischen ihnen bewußt geworden, und dieses damit begründet, daß die Absatzgebiete für die Waren der Parteien sich mehrere Jahre hindurch nicht berührt hätten, daher die Unterschiede sich in den betreffenden Verkehrskreisen nicht hätten bemerkbar machen können. Alle diese Ausführungen enthalten tatsächliche Erwägungen unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage, sie rechtfertigen die vom Berufungsrichter ausgesprochene Verwechselungsgefahr."

181. Unlauterer Wettbewerb durch Verbreitung der Behauptung, daß die — tatsächlich zeichenrechtlich geschützte — Konkurrenzware („Palmin") keinen Warenzeichenschutz genieße (UnlWG. § 6). Urt. vom 20. Dez. 07, II 407/07.

„Das Oberlandesgericht hat die Veröffentlichung der Beklagten in dem Sinne aufgefaßt, daß darin behauptet sei, das der Klägerin als Warenzeichen eingetragene Wort Palmin sei zeichenrechtlich wirkungslos; denn es enthalte eine Angabe über die Art der Herstellung und über die Beschaffenheit der Ware, wie solches in den Urteilen von Nürnberg und München festgestellt sei, und so bestehe auch im Verkehr allseitige Übereinstimmung unter dem Publikum, daß es unter Palmin nicht das Fabrikat der Klägerin, sondern schlechtweg das aus der Kokosnuß gewonnene Speisefett verstehe. Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß damit die Beklagte gegen § 6 Abs. 1 des G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes verstoßen habe, ist rechtlich zutreffend begründet. Es ist zunächst ausgeführt, daß die fraglichen Behauptungen die Ware der Klägerin betreffen. Mit Unrecht wird dieses von der Beklagten beanstandet; denn es ist eine Eigenschaft der Ware, wenn sie durch ein Warenzeichen geschützt ist, und wenn dem Zeichen die Rechtswirksamkeit abgesprochen wird, so wird jene Eigenschaft der Ware bestritten. Ferner ist rechtlich unbedenklich festgestellt, daß die Veröffentlichung zu Zwecken des Wettbewerbes mit der Klägerin geschehen ist, und die darin enthaltenen Behauptungen über Palmin geeignet sind, den Geschäftsbetrieb der Klägerin zu schädigen. Die Behauptungen betreffen den Inhalt der beiden Urteile und die Auffassung des Verkehrs in seiner Allgemeinheit hinsichtlich des Wortes Palmin und sind in dieser Beziehung tatsächlicher Art, wenn sie auch einer subjektiven Auffassung der Beklagten entsprungen sind, denn sie sind als Tatsachen behauptet und ihre Wahrheit oder Unwahrheit läßt sich objektiv feststellen. Es kann sich daher nur noch fragen, ob der Beklagten der Wahrheitsbeweis gelungen ist, bzw. ob sie in erheblicher Weise Beweis für die Wahrheit der Behauptungen angetreten hat.

Die Beklagte hat zugegeben, daß ihre Angabe über den Inhalt der von ihr erwähnten beiden Urteile unwahr ist, sie will sich geirrt haben, was sie gegenüber der Verbotsklage aus UnlWG. § 6 Abs. 1 nicht entschuldigt. Was die Behauptung über die Auffassung des Publikums betrifft, so hat das Berufungsgericht ausgeführt: ‚Wenn auch die Kunden der Beklagten deren Pflanzenfett Palmin nennten, so sei doch andererseits durch die Aussage des vernommenen Sachverständigen und Zeugen bewiesen, daß schon die Verbraucher in nächster Nähe des Wohnsitzes der Beklagten einen Unterschied zwischen gewöhnlicher Pflanzen- und Kokosnußbutter und der unter dem Worte Palmin vertriebenen Ware der Klägerin machten, und jedenfalls treffe dieses zu bei den Kunden der Klägerin. Daher wäre selbst ein noch einzuholendes, zugunsten der Beklagten ausfallendes Sachverständigengutachten nicht geeignet, den Beweis zu erbringen, daß das Publikum ‚allgemein' die von der Beklagten behauptete Auffassung habe.' Diese Begründung ist rechtlich zutreffend. Ein Wortzeichen, namentlich wenn es sehr ausdrucksvoll ist, unterliegt der Gefahr, mit der Zeit im Verkehr seine Bedeutung als Warenzeichen zu verlieren und zur Beschaffenheitsangabe einer Ware, zu deren Namen und damit zum Freizeichen zu werden. Dieses ist aber nur anzunehmen, wenn das Zeichen nach der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise nicht mehr auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb als den Ursprung der Ware hinweist, sondern als objektive Benennung der Ware ohne Rücksicht auf deren Herkunft angesehen wird. Letzteres hat das Berufungsgericht in Hinsicht des Palmins für einen beteiligten Verkehrskreis, nämlich für einen erheblichen Teil der Kunden der Klägerin, Wiederverkäufer und Verbraucher, verneint, und damit ist ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß jene Behauptung der Beklagten nicht erweislich wahr ist. Indem in den Gründen des Urteils gesagt ist: ‚Selbst wenn Sachverständigengutachten, deren Einziehung die Beklagte beantragt habe, zu ihren Gunsten ausfallen würden, wäre der ihr obliegende Beweis, daß im Publikum ‚allgemein' die von ihr behauptete Auffassung bestehe, angesichts der angeführten entgegenstehenden Tatsachen nicht zu erbringen,' ist nicht nur ausdrücklich die Erhebung eines nochmaligen Sachverständigengutachtens, sondern sachlich auch das Zeugenbeweiserbieten der Beklagten als unerheblich ohne prozessualen Verstoß abgelehnt.

Endlich hat das Oberlandesgericht die Berufung der Beklagten auf Abs. 2 des bezogenen § 6 mit der Erwägung zurückgewiesen, daß die Klägerin zu ihrer Kundgebung gerechten Anlaß gehabt habe, dagegen die Beklagte in ihrem in Frage stehenden Rundschreiben unter Außerachtlassung des der Klägerin zustehenden Warenzeichenschutzes der Ausnützung der Unwissenheit kaufender Verbraucher durch Wiederverkäufer das Wort geredet habe, ein Verhalten, wozu ihr kein Recht zugestanden habe. Damit hat das Gericht ohne Rechtsirrtum das berechtigte Interesse der Beklagten an ihrer Veröffentlichung verneint; denn dem Rechte zuwiderlaufende Interessen werden in jenem Abs. 2 nicht geschützt."

182. Wie ist zu entscheiden, wenn erst in zweiter Instanz die Prozeßunfähigkeit des in erster Instanz verurteilten Beklagten festgestellt wird? (ZPO. §§ 56, 547 Nr. 1). Urt. vom 14. Dez. 07, I 141/07.

„Die Revision erscheint im Hinblick auf ZPO. § 547 Nr. 1 ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes schon aus dem Grunde zulässig, weil es sich um die von dem Kläger aufgeworfene Frage handelt, ob die von dem Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil vom 9. März 05 eingelegte Berufung unzulässig gewesen ist, wie der Kläger behauptet hat. Sachlich ist die Revision des Klägers aber nicht begründet. Es ist zwar richtig, daß der 4. ZS. des RG. in den von der Revision erwähnten Entsch. vom 4. Juli 98 (JW. 98, 501 Nr. 4) und 24. April 99 (JW. 99, 365 Nr. 7) die Revision einer geisteskranken Klägerin als nicht eingelegt erachtet hat, nachdem in beiden Fällen in der Berufungsinstanz die Geisteskrankheit der Klägerin und Be-

rufungsklägerin auch schon für die Zeit der Erhebung der Klage festgestellt und daraufhin die Klage abgewiesen worden war. Der 4. ZS. hat aber die rechtliche Auffassung, welche den beiden erwähnten Urteilen zugrunde lag, nicht aufrecht erhalten, sondern hat in der Sache N./N., IV 249/04 — Urteil vom 1. Dezember 1904 — die Revision der geisteskranken Klägerin, welche zwar in erster Instanz, dagegen nicht in der Berufungsinstanz in gesetzlicher Weise vertreten war, beachtet, aber auf Grund der ZPO. § 551 Nr. 5 das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Im vorliegenden Fall liegt die Sache nun so, daß der Beklagte, gegen dessen Prozeßfähigkeit in erster Instanz kein Bedenken erhoben worden war, gegen die Entscheidung des Landgerichts, die ihn zur Zahlung von 1600 ℳ nebst 5 % Zinsen seit dem 1. August 1902 verurteilt hatte, das Rechtsmittel der Berufung eingelegt hatte und erst in der Berufungsinstanz zur Sprache kam und festgestellt wurde, daß der Beklagte geisteskrank ist und bereits zur Zeit der Klageerhebung geisteskrank gewesen war. Es mangelte ihm somit die gemäß ZPO. § 56 von Amts wegen zu berücksichtigende Eigenschaft der Prozeßfähigkeit, und demgemäß hatte eine rechtlich wirksame Klageerhebung nicht stattgefunden. Bei dieser Sachlage ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß das landgerichtliche Urteil aufzuheben und die Klage wegen Mangels der Prozeßfähigkeit des Beklagten — so, wie sie angebracht ist, — abzuweisen sei, rechtlich nicht zu beanstanden. Solange der Mangel der Prozeßfähigkeit nicht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, kann der auf den Namen des Prozeßunfähigen geführte Rechtsstreit auch durch Handlungen des in Wirklichkeit Prozeßunfähigen und seines Prozeßbevollmächtigten weitergeführt werden. Die in den RGZ. 18, 383 und 29, 408 veröffentlichten Urteile des 6. und 2. ZS., sowie das in der JW. 00, 750 Nr. 13 veröffentlichte Urteil des 7. ZS. gehen von derselben Grundanschauung aus, und diese liegt auch dem obenerwähnten Urteil des 4. ZS. vom 1. Dez. 04 zugrunde. Demnach war die Revision des Klägers, ohne daß es einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate bedürfen würde, als unbegründet zurückzuweisen."

183. Haftung der Dorfgemeinde für die gefährliche Beschaffenheit der Ortsstraße. Mitverschulden des durch solche Beschaffenheit Verletzten. Schädenansprüche des mitschuldigen Verletzten gegen die Berufsgenossenschaft und den „Dritten" (BGB. §§ 31, 89, 823, 831; LwUVersG. §§ 254, 151; GewUVersG. § 140). Urt. vom 19. Dez. 07, VI 115/07.

Kläger war, indem er die von der Beklagten zu unterhaltende, stark abschüssige und gewundene, damals stark vereiste Dorfstraße hinabfuhr, verunglückt. Er klagt auf Schadensersatz. Es ist festgestellt, daß der Kläger zur Hälfte mitschuldig an dem Unfall ist, weil er nicht, wie er hätte tun sollen, vom Wagen abgestiegen war.

Aus den Gründen:

„Die Verantwortlichkeit der Beklagten aus BGB. §§ 31, 89, 823 wird von der Revision um deswillen in Abrede gestellt, weil von der Beklagten Auftrag erteilt gewesen sei, bei Glatteis aufzuhacken und zu streuen. Von Vernachlässigung der gehörigen Aufsicht könne im vorliegenden Falle keine Rede sein, weil nach dem Zeugnisse des Oberamtsstraßenmeisters W. nicht erhelle, daß den Organen der Beklagten eine Mitteilung über den Zustand der Straße zu einer Zeit gemacht worden sei, zu welcher sie Abhilfe hätten treffen können. Ihre Vertreter hätten sich auf den Angestellten verlassen dürfen, dessen Verhalten noch niemals Anlaß zur Klage gegeben hatte. — Gegen die Annahme einer Haftung aus BGB. § 831 wendet die Revision ein, daß von einer Leitung der Ausführung der Verrichtung bei den obwaltenden Verhältnissen und den überaus einfachen Verrichtungen nicht wohl geredet werden könne und

daß das Gesetz den Entlastungsbeweis bezüglich einer bei Leitung der Verrichtung beobachteten Sorgfalt nur verlange, wofern die fragliche Verrichtung unter der Leitung des Geschäftsherrn vorgenommen zu werden pflege.

In dem letzteren Punkte hat die Revision recht. Das Gesetz hat bei der in § 831 Abs. 1 erwähnten Leitung die unmittelbare Einwirkung des Geschäftsherrn auf die Ausführung der konkreten Verrichtung im Auge, die sich in der Regel durch persönlich von dem Geschäftsherrn bei der Arbeit selbst gegebene Anleitung oder Anweisung betätigen wird. Daß die Ausführung von Verrichtungen wie das Aufhacken oder Bestreuen von Eis auf der Straße durch einen Straßenwärter unter der Leitung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Gemeinde vor sich gehen solle, wird man gewiß nicht verlangen können. Das, was das Berufungsgericht mit der ‚Leitung' meint, ist aber ohne Zweifel nichts anderes, als die Überwachung, die allgemeine Aufsicht über die Angestellten und deren Tätigkeit. Eine Pflichtverletzung in dieser Richtung begründet die Haftbarkeit nicht aus BGB. § 831, sondern aus § 823. — Indes kommt es auf den zweiten Entscheidungsgrund des Berufungsgerichts nicht an, da das Urteil durch den ersten Grund getragen wird. Die Einwände der Revision hiergegen erscheinen nämlich nicht als berechtigt. — An sich zwar ist der Kläger beweispflichtig dafür, daß die Vertreter (BGB. §§ 31, 89) der beklagten Gemeinde ihre Obliegenheiten rücksichtlich der Instandhaltung der Straße schuldhaft vernachlässigt haben. Allein der ordnungswidrige Zustand der Straße, wie er vorliegend festgestellt ist, begründet bis auf weiteres den Rückschluß, daß die Vertreter jener Pflicht nicht gehörig nachgekommen seien, sofern andernfalls ein derartiger Zustand nicht wohl hätte Platz greifen können. Der Entschuldigungsbeweis, den die Beklagte dahin angetreten hat, daß von ihr in der Person des Fronmeisters U. ein geeigneter Mann für die Instandhaltung der Straße und die Auseisung bestellt gewesen sei, greift insofern nicht durch, als die Gemeindevertreter, insbesondere der Ortsvorsteher, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, der Pflicht zur Überwachung jenes Angestellten und seiner Tätigkeit nicht enthoben waren. Unter den gegebenen Umständen bedurfte es nicht, wie die Revision meint, des Nachweises von seiten des Klägers, daß dem Ortsvorsteher von der eingetretenen Vereisung der Straße Anzeige erstattet worden war. Der durch die Verstopfung der Dohle hervorgerufene gefährliche Zustand der Straße wird im Berufungsurteil als ein nicht bloß vorübergehender bezeichnet. Und wenn das Berufungsgericht weiterhin von solch wichtigen, bei den einfachen Verhältnissen leicht erkennbaren und überschaubaren, vor Augen liegenden und genau bekannten Angelegenheiten, wie die hier fragliche, spricht, so ist darin die auf Würdigung der lokalen Verhältnisse beruhende tatsächliche Feststellung zu finden, daß der gefährliche Zustand ein offensichtlicher gewesen sei, der auch den Vertretern der Gemeinde nicht hätte entgehen können. Es leuchtet auch ein, daß die Beschaffenheit der Ortsstraßen in einem kleinen Dorfe leicht zu überschauen ist; dazu kommt aber, daß gerade die fragliche Straße um ihrer besonderen Gefährlichkeit willen einer Fürsorge und Beaufsichtigung in besonderem Maße bedurfte. — Die Revision führt schließlich Beschwerde darüber, daß in dem Berufungsurteil mit Rücksicht auf die Anrechnung der Rentenzahlungen der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft eine unrichtige, die Beklagte benachteiligende Methode zur Anwendung gebracht worden sei. Diese Beschwerde erweist sich als begründet. In dem Tenor des Berufungsurteils ist ‚der vom Kläger erhobene Anspruch auf Ersatz des durch den Unfall erlittenen nicht durch die Rentenzahlungen der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft gedeckten Schadens, soweit er auf Ersatz dieses Schadens zur Hälfte geht', dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Und in den Urteilsgründen ist gesagt, es sei die Verpflichtung zum Ersatze auf die Hälfte des Schadens bestimmt worden, wobei nur der von der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft nicht gedeckte Schaden in Betracht komme. Wie hierin unverkennbar zum Ausdruck kommt, will der Berufungsrichter den dem Kläger

zugesprochenen Schadensersatz in der Weise berechnen, daß von dem wirklich dem Kläger erwachsenen **ganzen** Schaden die Rentenzahlungen der Berufsgenossenschaft in Abzug gebracht würden und von dem hiernach verbleibenden Rest dem Kläger die Hälfte gebührte. Also würde, wenn beispielsweise der dem Kläger durch Minderung seiner Erwerbsfähigkeit erwachsende Schaden auf jährlich 300 ℳ festzustellen wäre, der Kläger die Hälfte des nach Abzug der Leistungen der Berufsgenossenschaft mit rund 186 ℳ verbleibenden Restes von 114 ℳ = 57 ℳ jährlich von der beklagten Gemeinde zu beanspruchen haben. Diese Berechnungsweise wäre jedoch nicht richtig, weil hierbei die Bedeutung des in LwUVersG. § 151 (GewUVersG. § 140) statuierten **Rechtsübergangs** auf die Berufsgenossenschaft verkannt ist. Da der dem Verletzten gegen den Dritten erwachsene Schadensersatzanspruch sofort mit seiner Entstehung auf die Berufsgenossenschaft im Umfange ihrer durch das Unfallversicherungsgesetz begründeten Entschädigungspflicht übergegangen ist, so bleibt der Verletzte selbst dem Dritten gegenüber nur insoweit forderungsberechtigt — aktiv legitimiert —, als der ihm nach den sonstigen gesetzlichen Vorschriften zustehende Schadensersatzanspruch über die der Berufsgenossenschaft obliegenden Leistungen hinausgeht (vgl. RGZ. 60, 200 ff.; 61, 167; 62 S. 148, 338 ff.). Die Konsequenz dieser Rechtsfolge des Gesetzes muß auch für den Fall gezogen werden, wenn das Gericht bei Anwendung des BGB. § 254 dem Verletzten nur eine Quote des Schadensersatzes dem Dritten gegenüber zuspricht. Nur bezüglich dieser Quote des wirklichen Schadens ist diesfalls dem Verletzten ein Ersatzanspruch gegen den Dritten ‚erwachsen', aber auch sofort auf die Berufsgenossenschaft **im ganzen** Umfange ihrer Entschädigungspflicht übergegangen. Von diesen Gesichtspunkten aus ist, wie der erkennende Senat mehrfach ausgesprochen hat, bei einer Quotenteilung über Bestehen eines Schadensersatzanspruches für den Verletzten bzw. die Berufsgenossenschaft zu entscheiden und bei Festsetzung des Betrages des Schadensersatzes zu verfahren (vgl. Urt. vom 11. Dez. 05, RGZ. 62, 148; Urt. vom 28. Jan. 07, VI 166/06, in Sachen N./M.).

Nach dieser Rechnungsweise würde in dem obigen Beispielsfalle der Kläger als Ersatz für Erwerbsverlust, da ihm ein Ersatzanspruch überhaupt nur zum Betrage von 300/2 = 150 ℳ erwachsen wäre, dieser gesamte Betrag aber durch die der Berufsgenossenschaft obliegenden Leistungen mit 186 ℳ absorbiert würde, für sich von der beklagten Gemeinde nicht mehr fordern können."

184. Der Fiskus ist nur eine Rechtsperson, auch wenn Schadensersatz wegen Verschuldens mehrerer selbständiger Verwaltungen gefordert wird. Keine Haftung bei einem Unfall, der durch einen auf dem Bahnsteig verkehrenden Handwagen der Post verursacht ist (BGB. §§ 31, 89, 823, 831; ZPO. § 56). Urt. vom 9. Jan. 08, VI 128/07.

„Der Kläger fordert Ersatz bzw. die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz desjenigen Schadens, den seine mit ihm in landrechtlicher Errungenschaftsgemeinschaft lebende Frau, als sie auf den Bahnsteig des Hauptbahnhofes zu St. am 12. März 1904 nachts die Einfahrt eines Eisenbahnzuges erwartete, dadurch erlitten hat, daß ein von dem Hilfspostunterbeamten S. gezogener, mit Postpaketen beladener Galeriewagen sie an den Hinterkopf stieß und verletzte. Die Klage ist gerichtet gegen den Beklagten, vertreten sowohl durch die Kgl. Generaldirektion der Staatseisenbahnen, wie durch die Kgl. Generaldirektion der Posten und Telegraphen. Das Landgericht hat den Klaganspruch, soweit er sich gegen den Beklagten, vertreten durch die erstgenannte Generaldirektion, richtet, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten dieses Urteil mit der Maßgabe bestätigt, daß es die darin enthaltene Beschränkung beseitigt hat. Beide Instanzen halten es mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht für vereinbar, daß während oder unmittelbar vor der Einfahrt eines Personen befördernden Zugs in die Bahnhofshalle in nicht dringlichen Fällen Postwagen auf dem Bahnsteig verkehren. Während aber das Landgericht ein Verschulden der Eisen-

bahnverwaltung darin erblickt, daß sie einen solchen Verkehr geduldet hat, nimmt das Oberlandesgericht ein Verschulden der Postverwaltung an, weil sie eine einen solchen Verkehr untersagende allgemeine Anordnung nicht getroffen hat.

Die Revision rügt zunächst die Verletzung der ZPO. § 56. Der Beklagte werde nach den einschlagenden landesrechtlichen Bestimmungen vor Gericht durch die vorgenannten beiden Generaldirektionen je in den Rechtssachen aus ihrem Geschäftskreise vertreten. Das Landgericht habe im Tenor seines Urteils nicht berücksichtigt, daß es nach den Entscheidungsgründen die Klage, soweit sie gegen den Fiskus, vertreten durch die Generaldirektion der Posten, gerichtet war, für unbegründet erachtet habe. Gegen dieses Urteil habe der Beklagte, ‚vertreten durch die Generaldirektion der Staatseisenbahnen', Berufung eingelegt und es sei in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in Sachen des Beklagten, ‚vertreten durch die Generaldirektion der Staatseisenbahnen', der Antrag auf Klagabweisung gestellt worden. Die Postverwaltung sei zur Verhandlung nicht geladen, auch vor dem Berufungsgericht nicht vertreten gewesen, sie habe überhaupt nichts von dem Verhandlungstermin gewußt und auch für die zweite Instanz keinen Anwalt aufgestellt. Das Berufungsgericht habe also nicht nach dem Tenor seines Urteils gegenüber dem Fiskus, vertreten durch die Generaldirektion der Staatseisenbahnen und die Generaldirektion der Posten den Klaganspruch für gerechtfertigt erklären dürfen, noch weniger habe es, wie seine Gründe ergeben, den in zweiter Instanz gar nicht geladenen und nicht vertretenen Postfiskus verurteilen und die Frage, ob der Eisenbahnfiskus hafte, unentschieden lassen dürfen. Der Kläger habe gegen die Postverwaltung auch keine Anschlußberufung erhoben.

Diese Rüge geht durchaus fehl. Das Berufungsgericht führt in dieser Beziehung aus: Beklagter sei der Württembergische Staat als privatrechtliche Persönlichkeit und zwar sei es eine und dieselbe Rechtsperson, gegen die der einheitliche, wenn auch auf teilweise verschiedene Rechtsgründe (BGB. §§ 823, 831; HaftpflG. § 1) gestützte Schadenersatzanspruch erhoben werde. Die Teilung für die Vertretung und Verwaltung in Generaldirektion der Eisenbahnen und Generaldirektion der Posten schaffe keineswegs eine Mehrheit von beklagten Personen oder eine Mehrheit von Ansprüchen. Es sei daher nicht etwa durch die Entscheidung des Landgerichts für ein Zutreffen des BGB. § 823 oder vertragsmäßigen Verpflichtung gegenüber der Eisenbahnverwaltung die Tätigkeit der Postverwaltung aus der Behandlung im Berufungsverfahren ausgeschieden oder nur für den Fall einer Anschlußberufung einzuziehen. Diese — zum Teil übrigens auf dem irrevisiblen Landesrechte beruhenden — Ausführungen sind durchaus zutreffend; insbesondere kann auch nur von einer rechtlichen Möglichkeit einer Anschlußberufung nicht die Rede sein. Es kann nur in Frage kommen, ob der Beklagte in der Berufungsinstanz gehörig vertreten war und das ist zu bejahen. In der ersten Instanz waren zwei Prozeßvollmachten überreicht worden, die eine ausgestellt von der Generaldirektion der Staatseisenbahnen, die andere von der der Posten; beide Vollmachten sind erteilt den Rechtsanwälten S. und G. in St. und sind nicht auf eine Instanz beschränkt. In der Berufungsinstanz ist Rechtsanwalt G. für den Beklagten aufgetreten, mithin ein Anwalt, der von beiden, vorliegendenfalls zur Vertretung des Beklagten berechtigten Behörden Prozeßvollmacht ausgestellt erhalten hatte; er war daher Prozeßvertreter sowohl der Eisenbahnverwaltung, wie der Postverwaltung. Daran änderte selbstverständlich nichts, daß er überflüssigerweise erklärt hat, daß er für den Beklagten, vertreten durch die Generaldirektion der Staatseisenbahnen, Berufung einlege und daß er für den Beklagten, vertreten durch diese Behörde, den Berufungsantrag stelle. Es ist das augenscheinlich nur in Anlehnung an die Urteilsformel des Landgerichts geschehen, in der ebenfalls überflüssigerweise der Klaganspruch, soweit er sich gegen den Beklagten, vertreten durch die Generaldirektion der Staatseisenbahnen richtet, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist.

Begründet dagegen ist die Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht BGB. §§ 823, 831 verletzt habe. Die angefochtene Entscheidung geht davon aus, daß § 831 zur Anwendung zu kommen habe und beruht darauf, daß der Beklagte den ihm obliegenden Beweis, daß er bei der Leitung der Ausführung der Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, nicht erbracht habe. Die darin angezogenen Entscheidungen des erkennenden Senats ergeben aber ohne weiteres das Rechtsirrige dieser Auffassung. In diesen Entscheidungen wird ausgeführt, daß die im § 831 erwähnte Leitung sich nur auf die Ausführung der konkreten Verrichtung bezieht und daß nur, ‚sofern' der Geschäftsherr solche Ausführungen zu leiten hat, ihm der Nachweis obliegt, daß er dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Nun kann selbstverständlich nicht die Rede davon sein, daß der Beklagte die Leitung der konkreten Verrichtung, in deren Ausführung der Hilfspostunterbedienstete S. der Frau des Klägers einen Schaden widerrechtlich zugefügt hat, vorzunehmen hatte. Der in § 831 nach dieser Richtung dem Geschäftsherrn nachgelassene Entlastungsbeweis kann daher hier überhaupt nicht Platz greifen. Vielmehr betreffen die Darlegungen des Berufungsgerichts die Frage, ob dem Beklagten, nämlich seinen verfassungsmäßigen Vertretern, ein Verschulden deswegen zur Last fällt, weil er in der Dienstinstruktion den Verkehr von Postwagen auf den Bahnsteigen bei und unmittelbar vor der Einfahrt von Zügen in die Bahnhofshalle nicht untersagt hat. Es handelt sich mithin darum, ob ein nach § 823 zu beurteilendes Verschulden des Beklagten vorliegt, wobei den Kläger die Beweislast treffen würde. Das Berufungsgericht hat nun auch bei Prüfung der Frage, ob der Entlastungsbeweis nach jener Richtung geführt sei, ein solches Verschulden angenommen; es erblickt es in dem Fehlen einer Anordnung nach jener Richtung in der Dienstinstruktion. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Mit Recht hat der Beklagte geltend gemacht, daß der freie Verkehr der Handwagen der Post auf den Bahnsteigen eine allgemeine zeitliche Beschränkung nicht gestatte, daß sie mit einem geordneten Dienstbetrieb unvereinbar sein und die Zufuhr der Postgüter, besonders von einem Anschlußzug zum andern, in hohem Maße erschweren würde, und nur bei der durch den Augenblick des Haltens des Zugs in ihrem Anfang fest bestimmten Unterbrechung für nicht dringende Fälle angängig ist. Ebensowenig kann mit dem Kläger ein Verschulden des Beklagten darin gefunden werden, daß auf dem Hauptbahnhof zu St. besondere, von den Gehwegen für das Publikum getrennte Zufahrten für die Postgüter nicht hergestellt sind. Die Meinung des Klägers, daß auf sämtlichen Bahnhöfen von gleicher Bedeutung, wie der von St., eine besondere Zuleitung des Postverkehrs bestehe, ist, wie gerichtsbekannt, durchaus unzutreffend. Ein Verschulden des Beklagten liegt mithin nach dem festgestellten Sachverhalt nicht vor.

Der Klaganspruch ist auch auf den Vertrag gestützt, den die Frau des Klägers durch Lösung der Bahnsteigkarte mit dem Beklagten geschlossen hat. Das Berufungsgericht hat ihn unter diesem Gesichtspunkt nicht beurteilt. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Meinung des Klägers beizutreten ist, daß die Lösung der Bahnsteigkarte ein vertragsmäßiges Recht darauf gewährt, daß der Eisenbahnbetriebsunternehmer für einen sicheren Verkehr auf dem Bahnsteig zu sorgen habe, oder ob sie nicht vielmehr lediglich ein Recht auf Aufenthalt auf dem Bahnsteig gibt. Denn ganz abgesehen davon, daß der Hilfspostunterbeamte S. nicht als eine Person angesehen werden kann, deren sich der Beklagte zur Gewährung eines sicheren Aufenthalts auf dem Bahnsteig bedient (BGB. § 278), ergibt, wie dargelegt, der festgestellte Sachverhalt, daß den Beklagten ein Verschulden überhaupt nicht trifft.

Ebensowenig kann endlich die Rede davon sein, daß auf den vorliegenden Fall das HaftpflG. anwendbar ist, was das Berufungsgericht dahingestellt gelassen hat. Der Unfall hat sich nicht ‚bei dem Betrieb' der Eisenbahn ereignet; er steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Betrieb, also nicht mit der Beförderungstätigkeit der Eisenbahn, aber ebensowenig in

einem mittelbaren Zusammenhang, da auf ihn keine dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefahr eingewirkt hat."

185. Dem gerichtlichen Geständnis beigefügtes selbständiges Verteidigungsmittel, Voraussetzungen des sog. versteckten Dissenses (BGB. §§ 119, 155; ZPO. §§ 288, 289). Urt. vom 18. Jan. 08, V 220/07.

„Diesen tatsächlichen Feststellungen, auf die das Berufungsurteil sich gründet, stehen aber die früheren Erklärungen der Klägerin über ihre vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Beseitigung des Ausgedinges entgegen. Die Erklärungen enthalten in letzterer Hinsicht ein Geständnis; denn die von den Beklagten aufgestellte Behauptung, die Klägerin habe sich ihnen gegenüber zur Beseitigung des Ausgedinges verpflichtet, ist durch sie als richtig zugestanden worden. Nach den maßgebenden Tatbeständen der Vorderurteile sind die Erklärungen sowohl in erster als auch in zweiter Instanz vor dem Prozeßgerichte in mündlicher Verhandlung abgegeben worden. Es liegt daher ein gerichtliches Geständnis vor. Dieses hat gemäß ZPO. § 288 die Wirkung, daß die von den Beklagten aufgestellte Behauptung der von der Klägerin übernommenen Verpflichtung zur Beseitigung des Ausgedinges für richtig zu gelten hat. Allerdings hat die Klägerin ihrem Geständnis in erster Instanz die Behauptung hinzugefügt, sie habe vor Ablauf der Auflassungsfrist der übernommenen Verpflichtung nicht zu genügen brauchen. Durch diese ein selbständiges Verteidigungsmittel enthaltende Hinzufügung wird aber gemäß ZPO. § 289 die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nicht beeinträchtigt. So lange das Geständnis wirksam besteht, ist das Gericht nicht befugt, die Wahrheit der zugestandenen Tatsache nachzuprüfen; denn durch das Zugeständnis hat die betreffende Partei mit verbindlicher Kraft erklärt, daß die von dem Gegner aufgestellte Behauptung als richtig gegen sie gelten solle (Gaupp-Stein, Anm. I, III zu ZPO. § 288). Die Wirksamkeit aber verliert ein gerichtliches Geständnis gemäß ZPO. § 290 nur dann, wenn es widerrufen wird und die widerrufende Partei den doppelten Nachweis führt, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und daß es durch einen Irrtum veranlaßt sei. Dies verkennt der Berufungsrichter. Er geht zwar auf die verschiedenen Geständniserklärungen der Klägerin ein, zieht sie aber nur von dem Gesichtspunkte aus in Betracht, ob durch sie der für geführt angenommene Beweis, daß die Klägerin die Beseitigung des Ausgedinges nicht habe übernehmen wollen, erschüttert werde. Dies verneint der Berufungsrichter, weil die Klägerin für die betreffenden Angaben eine glaubwürdige Aufklärung dahin gegeben habe: Sie habe geglaubt, daß ein Vater oder ein naher Verwandter einer Partei nicht als Zeuge vernommen werden und daß sie sich daher auf ihren Vater und auf T. nicht berufen könne; deshalb habe sie sich, da der Beklagte S. immer fest behauptet habe, nach dem Kaufvertrage müsse sie das Ausgedinge herunterschaffen, schließlich ergeben und die Übernahme der Verpflichtung zur Löschung des Ausgedinges nicht bestritten, auch sich bemüht, eine Einigung mit ihrer Schwiegermutter oder mit den Parzellenerwerbern herbeizuführen. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus diesen Erwägungen des Berufungsrichters die bedenkenfreie Feststellung entnommen werden könnte, daß das vorbezeichnete von der Klägerin abgegebene Geständnis tatsächlich der Wahrheit nicht entspreche. Auch wenn dies anzunehmen wäre, würde durch eine solche Feststellung allein die Wirksamkeit des Geständnisses noch nicht beseitigt. Vielmehr würde trotz dieses Beweises die von den Beklagten behauptete Tatsache der Übernahme der Beseitigung des Ausgedinges vom Gerichte als richtig anzunehmen sein, solange nicht die Klägerin den weiteren Nachweis erbracht hätte, daß ihr Geständnis durch einen Irrtum veranlaßt worden sei. Dies hat der Berufungsrichter außer acht gelassen, insbesondere ist von ihm die Frage eines Irrtums der Klägerin nicht in Erwägung genommen worden. Danach sind die Vorschriften der ZPO. §§ 288, 289, 290

verletzt. Es unterlag daher das Berufungsurteil schon wegen dieses prozessualen Verstoßes der Aufhebung.

Ferner aber beruht diese Entscheidung auch auf einem materiellen Rechtsirrtum. Die Beklagten haben behauptet, daß sie die Beseitigung des Ausgedinges durch die Klägerin als Vertragsbedingung gewollt hätten und daß die Übernahme der Verpflichtung hierzu seitens der Klägerin auch durch die fragliche Bestimmung unter Lit. F. des Vertrages ihrem Willen gemäß zum Ausdrucke gelangt sei, daß insbesondere die Worte ‚ungewöhnliche Realverbindlichkeiten‘ das Ausgedinge mitumfaßten. Der Berufungsrichter glaubt auch den Beklagten, daß sie jenen Willen gehabt und die zuletzt genannte Bedeutung der fraglichen Bestimmung des Vertrages beigelegt hätten. Würde nun diese Bestimmung objektiv zweifelsfrei die Bedeutung haben, daß tatsächlich die Übernahme der Beseitigung auch des Ausgedinges durch die Klägerin als Bedingung des Vertrages erklärt worden ist, so würde in der maßgebenden, allein formgerechten notariellen Vertragsurkunde eine übereinstimmende Willenserklärung von beiden Vertragsteilen dahin abgegeben worden sein, daß die Klägerin auch das Ausgedinge als eine Belastung des verkauften Grundstücks durch Herbeiführung der Löschung beseitigen sollte und diese Erklärung würde ferner mit dem Vertragswillen der Beklagten übereinstimmen. Es würde also eine formgerechte Einigung durch übereinstimmende Erklärungen beider Teile an sich zustande gekommen sein. Wäre dann auch die Behauptung der Klägerin, daß sie die Beseitigung des Ausgedinges nicht habe übernehmen wollen, daß vielmehr nach ihrem Willen die Beklagten für die Beseitigung des Ausgedinges Sorge tragen sollten und daß sie geglaubt habe, es sei dies in der fraglichen Vertragsbestimmung zum Ausdrucke gebracht, für wahr zu erachten, so würde doch nur ein Irrtum der Klägerin über den Inhalt ihrer abgegebenen Vertragserklärung vorliegen, der die Klägerin lediglich zur Anfechtung des Vertrages nach Maßgabe des BGB. §§ 119, 121 berechtigt haben würde. Nicht würde ein sog. versteckter Dissens, ein Mangel der Einigung i. S. des BGB. § 155 gegeben sein. Denn letzteres ist nur dann anzunehmen, wenn beide Vertragsteile verschiedenes nicht nur gewollt, sondern auch erklärt haben derart, daß nur ein Schein einer übereinstimmenden Vertragserklärung vorliegt (RGZ. 58, 233; 66, 122; JW. 06 S. 190; 07 S. 506 Nr. 3, S. 540 Nr. 1, S. 825 Nr. 1). Es könnte daher nicht von einer Nichtigkeit des Vertrages wegen mangelnder Einigung, sondern nur von einer Anfechtbarkeit wegen Irrtums der Klägerin hinsichtlich ihrer Übernahme der Verpflichtung zur Beseitigung des Ausgedinges die Rede sein."

186. Verpflichtung der Vertragsparteien beim Kauf zur Aufklärung der anderen Partei, falls der Preis zum Wert der Ware in keinem Verhältnis steht. Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung (BGB. § 123). Urt. vom 24. Jan. 08, II 323/07.

„Was die Sache selbst anlangt, so ist zunächst dem Berufungsgericht dahin beizutreten, daß die Voraussetzungen einer Anfechtung des zwischen der Klägerin und der Beklagten im Februar 1906 über 3000—5000 kg Seidenabfälle zum Preise von 16 ℳ 50 ₰ pro 100 kg abgeschlossenen Kaufvertrages wegen Irrtums gemäß BGB. § 119 nicht gegeben sind. Den hierauf sich beziehenden Ausführungen des angefochtenen Urteils ist in rechtlicher Hinsicht lediglich beizupflichten.

Was dagegen die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auf Grund BGB. § 123 betrifft, so geben die Erwägungen des Urteils, das auch diese Einwendung gegen den Klageanspruch für nicht zutreffend erachtet hat, Anlaß zu Bedenken, die zur Aufhebung und Zurückverweisung führen müssen. Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob eine Arglist auf seiten der Klägerin darin gefunden werden kann, daß dieselbe es unterließ, die Beklagte bei den Verkaufsverhandlungen darauf aufmerksam zu machen, daß der Preis

zu dem Werte der Ware auch nicht annähernd im Verhältnis stehe und auf einem Irrtum beruhen müsse. Danach ist für die Revision von der Möglichkeit des Vorliegens einer arglistigen Täuschung auf seiten der Klägerin auszugehen.

Das Berufungsgericht hat diese Anfechtung mit der Begründung beseitigt, daß, auch wenn eine Arglist anzunehmen wäre, dieselbe für den Vertragsabschluß nicht kausal gewesen sei, da die auf den Abschluß des Vertrages gerichtete Willenserklärung der Beklagten davon unabhängig gewesen und selbständig abgegeben sei. Das würde nicht zu beanstanden sein, wenn der Vertrag in der Weise zustande gekommen wäre, daß die Klägerin die Offerte der Beklagten ohne weiteres akzeptiert hätte. So hat sich die Sache aber nach den Feststellungen der Vorinstanzen nicht gestaltet. Die Beklagte bot vielmehr der Klägerin die streitigen Seidenabfälle, die sie von der Nebenintervenientin zum Preise von 2,50 ℳ pro 100 kg — welcher Preis sich demnächst als auf einem groben Irrtum in dem Angebot (2,50 ℳ statt 250 ℳ) beruhend herausstellte — gekauft hatte, durch Schreiben vom 7. Febr. 06 für einen Preis von 18,50 ℳ an. Dieses Gebot hat die Klägerin nicht angenommen; vielmehr wurde bei einem telephonischen Gespräch der Parteien am 8. Febr. 1906 der Preis auf 16,50 ℳ ermäßigt und es kam zu diesem Preise der Vertrag zustande. Es erhellt nicht, ob das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage des Kausalzusammenhangs diese Umstände berücksichtigt hat und es besteht die Möglichkeit, daß, wenn das geschehen wäre, eine andere Annahme in der Richtung Platz gegriffen haben würde, daß die, nach ihrer Behauptung mit der in Frage stehenden Branche nicht vertraute, Beklagte zum Abschluß des Vertrages zu dem Preise von 16 ℳ 50 ₰ sich nicht entschlossen haben würde, wenn sie sich des außerordentlich großen Unterschiedes zwischen dem Werte der Ware und dem Preise bewußt gewesen wäre. Für diesen Fall würde aber der Kausalzusammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen bezüglich dieses Unterschiedes seitens der Klägerin, welche nach Behauptung der Nebenintervenientin als branchekundig sich desselben voll bewußt gewesen sein soll und dem Entschlusse der Beklagten, den Vertrag, wie geschehen, abzuschließen, gegeben sein. Die Sache bedarf daher nach dieser Richtung jedenfalls einer erneuten Prüfung."

187. Genehmigung eines von einem Vertreter verabredeten, vereinbartermaßen der Schriftform bedürftigen Vertrages (BGB. §§ 125, 126, 154, 148, 130, 566). Urt. vom 3. Jan. 08, III 251/07.

„Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat der Beklagte auf Grund einer Verhandlung mit dem klägerischen Reisenden G. eine Urkunde über einen betreffs der beklagtischen Wirtschaft mit der Klägerin auf drei Jahre abzuschließenden Mietvertrag am 11. April 1906 unterschrieben, während der klägerische Reisende diese Urkunde nicht unterschrieben hat. Die beiden letzten Paragraphen dieses Vertrags lauten: ‚§ 10. Es wird hiermit ausdrücklich bestimmt, daß bezüglich dieses Vertragsverhältnisses ausschließlich nur gegenwärtiger Vertrag maßgebend und entscheidend ist, somit keiner der Kontrahenten sich auf frühere oder spätere mündliche Abmachung auch anderen gegenüber berufen kann. § 11. Die Genehmigung zu vorstehendem Abkommen bleibt der Direktion der Brauerei zum Storchen drei Tage von heute ab vorbehalten.‘ Nach der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts hat innerhalb der drei Tage der klägerische Reisende dem Beklagten die klägerische Genehmigung des Vertrags mündlich mitgeteilt. Klägerin hat jedoch innerhalb dieser Frist die Vertragsurkunde nicht unterschrieben, was dem Beklagten nicht bekannt war. Beklagter hat dies erst nach Fristablauf erfahren und Klägerin hat erst später die Urkunde unterschrieben. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß durch die Mitteilung des klägerischen Reisenden über die Genehmigung des Vertrags durch Klägerin letzterer perfekt geworden sei und daß die erst später erfolgte Unterschrift der Urkunde durch Klägerin hieran nichts ändere. Das Berufungsgericht legt hierbei BGB. § 126 nicht dahin aus, daß ein im

übrigen perfekter Vertrag so lange nichts gelten solle, als er nicht von beiden Parteien unterschrieben sei, und stellt fest, daß zwar die Beurkundung des Vertrags von beiden Parteien gewollt gewesen sei, daß aber aus der Beweiserhebung in keiner Weise gemäß BGB. § 154 Abs. 2 erhelle, der Vertrag solle vor völlig vollzogener Beurkundung nichts gelten. Das Berufungsgericht erachtet es in derartigen Fällen als ausschlaggebend, daß der Vertrag die Unterschrift der Kontrahenten dann trage, wenn die Vertragsurkunde in irgend einer Weise erheblich werde. — Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Parteien die Beurkundung des Vertrags gewollt haben, ist, zumal angesichts des § 10 des Vertrags, nicht zu beanstanden. Im übrigen aber ist die Entscheidung rechtsirrtümlich. Denn § 154 Abs. 2 hat (ebenso wie BGB. § 125 Satz 2) nicht die Bedeutung, daß das Nichtgeltensollen vor vollzogener Beurkundung (bzw. die Nichtigkeit beim Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form) erst noch besonders bewiesen werden müsse, vielmehr geben diese Gesetzesbestimmungen eine Auslegungsregel dahin, daß, wenn eine Beurkundung verabredet worden ist, im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist, bis die Beurkundung erfolgt ist, und daß der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit zur Folge hat. In Ermangelung besonderer für das Gegenteil sprechender Tatumstände, die nicht vorliegen, ist daher ein Vertrag nicht vorhanden. Ebenso ist die Auslegung des BGB. § 126 durch das Berufungsgericht unrichtig, denn es ist gerade umgekehrt bestimmt, daß die schriftliche Form die eigenhändige Unterzeichnung erfordert und daher diese Form vorher nicht gewahrt ist. Es kommt aber weiter BGB. § 148 in Betracht, wonach, wenn der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt hat, die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen kann und ebenso ist BGB. § 130 zu beachten, wonach eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht (vgl. RGZ. 61 Nr. 98). Es mußte daher die vereinbarte klägerische Unterschrift des Vertrags dem Beklagten innerhalb der verabredeten drei Tage zugehen, die bloß mündliche Mitteilung des klägerischen Reisenden über die (zudem nicht schriftlich erfolgte) klägerische Genehmigung war rechtlich bedeutungslos. Die Meinung des Berufungsgerichts, daß das Vorhandensein der Unterschrift in dem Zeitpunkte genüge, zu welchem die Vertragsurkunde in irgend einer Weise erheblich werde, ist gegenstandslos, da im vorliegenden Falle eben die Unterschrift der Klägerin mit dem Ablauf der drei Tage erheblich war. — Ebensowenig ist die eventuelle Ansicht des Berufungsgerichts stichhaltig, daß nach Maßgabe des BGB. § 566 der Vertrag für die Dauer eines Jahres bindend von dem Beklagten abgeschlossen worden sei. Denn diese Gesetzesstelle, wonach ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wird, der schriftlichen Form bedarf und, falls die Form nicht beobachtet wird, der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt, die Kündigung jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig ist, setzt im Falle der nicht beobachteten schriftlichen Form voraus, daß ein mündlicher Mietvertrag gültig geschlossen worden ist. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall, da die Streitteile nur einen schriftlichen Mietvertrag, der wegen Nichtbeobachtung der Erfordernisse eines solchen nicht vorliegt, schließen wollten und daher nicht von einem mündlichen Mietvertrage gemäß BGB. § 566 die Rede sein kann (vgl. auch Planck, Kommentar zum BGB., 3. Aufl., Bd. 2 § 566 Bemerkung 3 Abs. 2 S. 493; Brückner, Die Miete, 2. Aufl., S. 39)."

188. Stellung des Gerichts als Vertreter zur Empfangnahme von Erklärungen (BGB. §§ 130, 164). Urt. vom 24. Jan. 08, III 263/07.

„Die Revision kann nicht für begründet erachtet werden. Allerdings ist ihr zuzugeben, daß das BGB. § 1443 maßgebend ist und die Auseinandersetzung Sache des Mannes und nicht der Frau war. Aber durch die dem Gericht eingesandte Erklärung des Mannes, daß er den Teilungsplan aner-

kenne, ist der Abschluß des Vertrages seitens des Mannes vollgültig erfolgt. Ob der Teilungsplan ihm vorgelegen hatte, ist unerheblich. Er konnte sich mit den Mitteilungen seiner Frau begnügen, auch den gerichtlichen Teilungsplan ohne Kenntnis seines Inhalts genehmigen. Warum aber die fragliche Erklärung nicht als Vertragserklärung sollte aufgefaßt werden können, dafür ist ein Grund überhaupt nicht erfindlich. Nun behauptet allerdings die Revision weiter, daß diese Erklärung den Vertragsgenossen nicht zugegangen sei. Wenn aber ein Vertragsschluß, speziell eine Erbauseinandersetzung durch Vermittlung des Gerichts zustande kommt, und hinsichtlich der Nichtanwesenden die Sache so geregelt und gehandhabt wird, daß das Gericht von den Abwesenden die Erklärungen einzieht, dann kann nach dem Willen der Kontrahenten das Gericht sehr wohl für die Empfangnahme der Erklärungen als Vertreter sämtlicher Kontrahenten aufgefaßt werden, so daß mit dem Eingang der Erklärungen bei Gericht auch den Vertragsgenossen Mitteilung gemacht ist. Durch die Mitteilung der Ausfertigung des Rezesses oder die Auszahlung der auf sie entfallenden Beträge erfahren sie dann die allseitig erfolgte Genehmigung."

189. Vertragsmäßige Erweiterung des Rechts zum Pfandverkauf. Zum Begriff der „Notlage" (BGB. §§ 138 Abs. 2, 1230 Satz 2). Urt. vom 2. Jan. 08, I 167/07.

„Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte — vorausgesetzt, daß ihm nach HGB. § 421 das gesetzliche Pfandrecht des Lagerhalters zustand — die Vorschrift des BGB. § 1230 Satz 2 nicht verletzt habe. Möge der Beklagte auch mehr Pfänder zum Verkaufe gebracht haben, als zu seiner Befriedigung erforderlich gewesen seien, so wäre er doch dazu auf Grund der oben angeführten zweiten Geschäftsbedingung befugt gewesen. Hiergegen wendet die Revision ein, daß § 1230 Satz 2 durch Vertrag nicht habe abgeändert werden können. Der Einwand ist nicht haltbar. Im ersten Entwurfe des BGB. ist der dem § 1230 Satz 2 entsprechenden, im § 1176 enthaltenen Vorschrift die Natur des zwingenden Rechtes — was die Mot. III S. 829, unter Beibringung einleuchtender Gründe ausdrücklich hervorgehoben — nicht beigelegt worden; dafür, daß dieser Standpunkt später aufgehoben worden sei, fehlt jeder Anhalt (vgl. Achilles, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des BGB. III S. 479).

Was die Anwendung des BGB. § 138 Abs. 2 anlangt, so verneint der Berufungsrichter hierfür sowohl die objektive als subjektive Voraussetzung, aber aus Gründen, die als schlüssig nicht erachtet werden können. In betreff der Frage, ob das vom Gesetze verlangte Mißverhältnis zwischen Leistung und Vermögensvorteil bestand, ermangelt das Urteil aller bestimmten Feststellungen. Für die Entscheidung dieser Frage mußte das Berufungsgericht zum Maßstabe eine Vergütung nehmen, wie sie für die Leistung des Beklagten üblicherweise im redlichen Geschäftsverkehr gewährt zu werden pflegte. In Ansehung der subjektiven Voraussetzung des Wuchers führt der Berufungsrichter namentlich an, daß die Klägerin ‚weder fruchtlos gepfändet worden sei noch den Offenbarungseid geleistet habe.' Auch hätte die Klägerin im September 1904, als sie dem C. Miete im Betrage von 700 ℳ geschuldet habe, die nach ihrer Angabe einen Wert von 7000—9000 ℳ darstellende Einrichtung, insbesondere den Stutzflügel, besessen. Sie sei also im Besitze von Sachen gewesen, die sie jederzeit in Geld habe umsetzen können. Danach habe die Klägerin sich nicht in einer Notlage befunden, welche vom Beklagten ausgebeutet worden wäre. Von diesen Erwägungen kann offenbar die Anführung über das Fehlen der Pfändung und der Leistung des Offenbarungseides die Abwesenheit einer Notlage nicht dartun. Im übrigen fehlt die erforderliche Prüfung, ob und gegebenenfalls welche Sachen für die Klägerin im Hinblick auf die von ihr für die Zukunft gefaßten Pläne entbehrlich waren. Insbesondere hätte das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerin beachten

müssen, sie habe vorgehabt, sich mit ihrer Wohnungseinrichtung eine Pension und damit eine Existenz zu gründen. Ergab sich, daß die Klägerin die Sachen nicht entbehren konnte, so erscheint es keineswegs von vornherein ausgeschlossen, daß die Klägerin, welche ihre Wohnungseinrichtung aus der bisherigen Wohnung entfernen und zugleich den geschuldeten Mietzins von 700 ℳ beschaffen mußte, einem unabweislichen Kreditbedürfnisse gegenüberstand und sich in einer dringenden Not befand. Auch erscheint es nicht ausgeschlossen, daß sich der Beklagte dieser Notlage der Klägerin bewußt gewesen wäre."

190. Vertragsschluß unter Vorbehalt der Erledigung einzelner Punkte (BGB. § 154). Urt. vom 3. Jan. 08, VII 136/07.

„... Die in BGB. § 154 Abs. 1 vorgesehene Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn die Vertragschließenden Geltung des Vertrages trotz Vorbehalts der Erledigung eines einzelnen Punktes vereinbart haben ..."

191. Rücksicht auf Treu und Glauben bei der Verteilung von Behauptungs- und Beweislast, wenn ein Wechsel nur unter einer Bedingung geltend gemacht werden darf (BGB. §§ 157, 158; WO. Art. 82). Urt. vom 11. Jan. 08, I 475/07.

„Das Urteil des Kammergerichts würde unanfechtbar sein, wenn die Klägerin den Wechsel für eigne Rechnung erworben hat. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgeführt, daß ein Indossatar, der den Wechsel für eigne Rechnung erwarb, nur solche Einreden aus der Person des Vorbesitzers sich entgegensetzen lassen muß, deren Vereitelung er in kollusivem Zusammenwirken mit dem Veräußerer bezweckte (RGZ. 57 S. 65, 391). Hat die Klägerin, was nicht widerlegt ist, einer Mitteilung L.s vertraut, daß der Vertrag durch den Beklagten verletzt sei, so könnte von Kollusion keine Rede sein.

Allein das Kammergericht hat es dahingestellt gelassen, ob ein Erwerb für eigne Rechnung vorliegt, und es muß daher mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Klägerin Inkassomandatar des L. ist. Für diesen Fall aber läßt sich den Erwägungen der Vorinstanz nicht beitreten. Nicht zu beanstanden ist der Ausgangspunkt. Ist abgemacht, daß ein Wechsel unter einer Bedingung geltend gemacht werden darf, so trifft den Beklagten die Beweislast dafür, daß die Bedingung eingetreten ist. Das ergibt sich unmittelbar aus der selbständigen Natur des Wechselanspruchs; es ist des öfteren vom Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen (vgl. ROHG. 16, 103; 17, 282) und auch das Reichsgericht hat es anerkannt. Eine gelegentliche Abweichung in einem Urt. vom 25. Mai 81 (RGZ. 5, 26), wonach bei einem als Vorschuß für künftige Provisionsforderungen gegebenen Wechsel der klagende Agent das Entstehen von Forderungen dartun sollte, konnte nicht aufrechterhalten werden und ist durch neuere Entscheidungen des erkennenden Senats zurückgenommen (vgl. zuletzt Urt. vom 19. Nov. 06, Rep. I 451/06). Aber hieraus folgt für den vorliegenden Fall noch keine Nötigung, dem Beklagten einen so schrankenlosen Negativenbeweis aufzubürden, wie das Kammergericht es tut. Da die allgemeine Behauptung, man habe einem Vertrage nicht zuwidergehandelt, wenigstens bei komplizierteren oder auf längere Dauer angelegten Vertragsverhältnissen, z. B. einer Gesellschaft, gar nicht bewiesen werden kann, so würde die abgelehnte Ansicht im praktischen Ergebnis darauf hinauslaufen, daß der Wechsel, der nach ausdrücklicher Vereinbarung nur bei Vertragsverletzungen einklagbar sein sollte, gleichwohl mit Wirksamkeit jederzeit vom Empfänger geltend gemacht werden könnte. Das steht mit der Willensmeinung der Kontrahenten in Widerspruch. Auch für den Wechselbegebungsvertrag gilt als oberster Grundsatz, daß er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgelegt werden muß (BGB. § 157). Wendet der Beklagte ein, er habe sich einen Verstoß gegen seine Vertragspflichten nicht zuschulden kommen lassen, so ist es am Kläger, die konkreten Tatsachen zu bezeichnen, in denen er eine Verletzung des Vertrags erblickt. Beweispflichtig ist er dafür nicht, viel-

mehr muß der erhobene Vorwurf vom Beklagten widerlegt werden. Aber der Kläger darf sich nicht einfach auf die unsubstantiierte Behauptung zurückziehen, daß eine Zuwiderhandlung dennoch stattgefunden habe. Tut er dies, bringt er trotz der Beteuerung des Beklagten, dem Vertrage treu geblieben zu sein, und der darin liegenden Aufforderung zur Erhebung eines bestimmten Vorwurfs einen solchen nicht vor, so hat der Beklagte ein Recht darauf, daß die Wechselklage abgewiesen wird."

192. **Unterbrechung der Verjährung durch ein Teilanerkenntnis. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis des Bestehens der Schuld im allgemeinen** (BGB. §§ 208, 209). Urt. vom 19. Dez. 07, VI 378/07.

„Die Verjährung, die für den Klaganspruch, soweit er auf das HaftpflG. sich stützt, nach § 8 dieses G. mit dem 29. Mai 1905 sich vollendete, wird gemäß BGB. §§ 208, 209 unterbrochen durch Erhebung einer auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs gerichteten Klage, aber auch durch Anerkennung des Anspruchs. Beide Arten der Unterbrechung der Verjährung stehen naturgemäß in einem Parallelverhältnis zueinander. Wenn die gerichtliche Geltendmachung eines Teiles des Anspruches nicht die Verjährung für den ganzen Anspruch unterbricht, sondern nur für den zum Gegenstand der Klage gemachten Teil (RGZ. 57, 372; 60, 387), so muß ebenso angenommen werden, daß auch ein Anerkenntnis, daß sich nur auf einen Teil des Anspruchs erstreckt, nicht die Kraft hat, die Verjährung über diesen Teil hinaus zu unterbrechen. Wie anderseits ferner die Verjährung nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nicht nur durch die Leistungsklage auf Erfüllung, sondern auch durch eine auf Feststellung des Anspruchs gerichtete Klage unterbrochen wird, so muß folgerichtig auch angenommen werden, daß ein Anerkenntnis die Verjährung unterbricht, das den Anspruch nur in seinem Grunde, unabhängig von der Feststellung des Umfanges und Betrages, zum Gegenstande hat. Durch ein Anerkenntnis wird mithin die Verjährung für den ganzen Anspruch unterbrochen, wenn es sich auf den Anspruch im ganzen bezieht, es genügt aber, wenn ebenso wie bei der Feststellungsklage die Anerkennung eine allgemeine Richtung auf das Bestehen des Anspruchs, für eine Schadensersatzklage, wie im gegebenen Falle, auf die Verpflichtung zum Schadensersatz, soweit der Schaden reicht, genommen hat (RGZ. 63, 382)."

193. **Der Versicherer geht des Einwandes der Täuschung verlustig, wenn er in Kenntnis derselben eine Prämie annimmt. Verzinsung der Versicherungssumme** (BGB. § 242). Urt. vom 7. Jan. 08, VII 139/07.

„... Es ist aber dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß die Beklagte diese Krankheiten gegen die Gültigkeit der Versicherung nicht mehr geltend machen darf, weil sie die am 1. Oktober 1905 fällige Prämie angenommen hat, obgleich ihr damals bereits, wie der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum tatsächlich feststellt, das gesamte Material zur Verfügung stand, das sie jetzt zum Nachweise der angeblich durch D. bewirkten Täuschungen vorbringen kann. Die Annahme der Prämie kann nach Treu und Glauben nur als die Betätigung des Willens angesehen werden, aus diesem Material zunächst und bis zur Beschaffung weiterer Nachweise keinen Grund zur Auflösung des Vertrages zu entnehmen. Als leichtfertig und arglistig müßte ein Verhalten des Versicherers angesehen werden, das darauf abzielt, jedenfalls zunächst die Prämie zu verdienen, obgleich schon jetzt nach der Meinung des Versicherers ein wirksamer Grund für die Auflösung des Vertrages bestand, und erst später diesen Grund vorzuschützen, wenn der Versicherte die Gegenleistung fordere (RGZ. 18, 141; Bolze, Praxis des RG. 14 S. 310—312 Nr. 466). Den Anspruch auf die eingeklagten Zinsen der Versicherungssumme weist der Berufungsrichter ab, weil nach Ziff. 53 der allgemeinen Versicherungsbedingungen eine Zinsvergütung für die Zeit bis zur Auszahlung der

Versicherungssumme nicht stattfinde. Die Richtigkeit dieser ohne Rechtsverletzung getroffenen Auslegung des Berufungsrichters ist hier nicht nachzuprüfen. Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts verstößt eine derartige Vertragsbestimmung weder gegen die öffentliche Ordnung noch gegen die guten Sitten. Ihre Anwendung ist freilich ausgeschlossen, wenn sich der Versicherer seiner Zahlungspflicht arglistig, z. B. durch Erhebung wissentlich unbegründeter Einwendungen, Veranlassung von Prozessen u. dgl. entzieht."

194. Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers aus dem Beförderungsvertrag, sicheren Ausgang aus dem Bahnhof zu gewähren. Haftung für Verschulden der Angestellten (BGB. §§ 278, 276). Urt. vom 14. Jan. 08, VII 246/07.

„Das Berufungsgericht geht in der rechtlichen Beurteilung der Verpflichtung des Beklagten von dem in der Entscheidung des 6. ZS. des Reichsgerichts vom 5. Okt. 03 — RGZ. 55, 335 — ausgesprochenen Grundsatze aus, daß es zu den Vertragspflichten des Eisenbahnunternehmers gehört, den Reisenden einen sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren. Aus der Eigentümlichkeit des Eisenbahnbetriebes, daß die Reisenden, um zu dem Eisenbahnzuge zu gelangen, bzw. um nach dessen Ankunft den Bahnhof zu verlassen, auf vorgeschriebenen Wegen Räume und Anlagen passieren müssen, die vom Unternehmer zu diesem Zwecke hergestellt sind, wird in dem erwähnten Urteile in Übereinstimmung mit zwei früheren Entscheidungen die Gewährung sicherer Zu- und Ausgänge als Vertragspflicht des Unternehmers hergeleitet. Es wird ausgeführt, daß die Verbindlichkeit des Unternehmers, Personen von einem Orte zum anderen gemäß der Fahrkarte zu befördern, nicht schon im Augenblicke der Ankunft des Bahnzuges auf dem Bahnhofe erfüllt sei, daß sie vielmehr auch die Verpflichtung umfaßt, den Reisenden einen sicheren Ausgang zu gewähren, daß, sofern dies nicht geschieht, der Unternehmer seine Vertragspflicht verletzt und er daher auch gemäß BGB. § 278 ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, wie sein eigenes zu vertreten hat.

Der jetzt erkennende Senat ist von der gleichen rechtlichen Beurteilung auch bereits in mehreren Entscheidungen ausgegangen (Eisenbahnfiskus gegen K., Urt. vom 19. April 04, VII 553/03; H. gegen Eisenbahnfiskus, Urt. vom 1. Juli 04, VII 16/04; G. gegen Eisenbahnfiskus, Urt. vom 19. Sept. 05, VII 603/04; Westfälische Landeseisenbahn gegen K., Urt. vom 12. März 07, VII 275/06; die Urt. vom 19. April und 1. Juli 04 sind mitgeteilt in der JW. 04 S. 358 Nr. 10, 484 Nr. 6).

An diesen, von der Revision auch nicht angefochtenen Grundsätzen wird hier ebenfalls festgehalten. Daraus ergibt sich, daß, da der Kläger nach der in dieser Instanz nicht nachzuprüfenden tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts nach dem Verlassen des Zuges über eine vereiste Stelle des Bahnsteiges hinweggeschritten und infolge der Glätte gestrauchelt und zu Boden gefallen ist, der Beklagte für die Folgen des Unfalls schadensersatzpflichtig ist, sofern das Vorhandensein der glatten Stelle auf ein Verschulden seiner Beamten zurückzuführen ist.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß am Unfalltage infolge eingetretenen Tauwetters Wasser von dem Dache der Bahnhofshalle herabgetropft sei. Es stellt sodann den von der Revision auch nicht in Zweifel gezogenen Erfahrungssatz auf, daß ein plötzlicher Umschlag der Witterung von Frost- in Tauwetter, wie er hier eingetreten war, Glatteisbildungen besonders begünstigt. Bei dieser Sachlage — so folgert das Berufungsurteil — sei es Pflicht der Bahnverwaltung gewesen, das auf den kalten Steinboden herabtropfende Wasser auf Eisbildungen zu kontrollieren. Da dies nicht geschehen sei, seien die Eisbildungen nicht wahrgenommen, das Streuen unterblieben und damit ein mit dem Unfalle des Klägers ursächliches Verschulden begangen. So ist die Begründung des Berufungsurteils in ihrem Zusammenhange aufzufassen und die

getroffenen Feststellungen tragen die Entscheidung. Es ist durch sie ohne Verletzung von Rechtsnormen, insbesondere ohne Verstoß gegen BGB. § 276 und ohne Überspannung dessen, was nach den Anschauungen des Verkehrslebens für erforderlich zu erachten ist, ein Verschulden der Angestellten des Beklagten an dem Unfalle festgestellt und für dasselbe hat der Beklagte nach BGB. § 278 zu haften."

195. Ersatz des durch Nichterfüllung entstandenen Schadens durch bloße Hinterlegung von Geld (BGB. § 326 Abs. 1). Urt. vom 17. Jan. 08, VII 216/07.

Die Beklagte hatte sich durch Vergleich verpflichtet, zur Sicherung eines Anspruchs der Klägerin einen Wechsel zu hinterlegen, hatte ihn aber trotz Fristsetzung mit Androhung von Klage auf Hinterlegung von Bargeld nicht hinterlegt. Die Klägerin hat gemäß der Androhung geklagt. Das Berufungsgericht hat der Klage entsprochen. Die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des 2. ZS. des Reichsgerichts, der sich der erkennende Senat anschließt, hat die Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Wirkung, daß sich der gegenseitige Vertrag in einen einseitigen Anspruch des nichtsäumigen Teils gegen den säumigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages umwandelt (RGZ. 50, 262; 61, 351; 66, 67). Dieser Anspruch tritt an Stelle von Leistung und Gegenleistung und geht regelmäßig auf Geldersatz (RGZ. 61, 353; 66, 71). Wenn daher der Berufungsrichter seine Entscheidung auf den von der Naturalherstellung handelnden § 249 Satz 1 BGB. stützt, so ist dies unrichtig, aber deshalb unerheblich, weil der Berufungsrichter in Wahrheit nicht auf Naturalherstellung, welche nichts anderes als die Erfüllung bedeuten würde, sondern auf eine Ausgleichung des Schadens in Geld erkannt hat. Die Beklagte soll einen zur Deckung der Forderung der Klägerin ausreichenden Geldbetrag leisten und dadurch den Nachteil beseitigen, welcher der Klägerin durch die Nichterfüllung des Vergleichs erwachsen ist. Dem Begriffe des Geldersatzes widerspricht es nicht, wenn nach der konkreten Gestaltung des Falles das Geld nicht in die Hände der Klägerin zu deren freien Verfügung gelangen, sondern bei Treuhändern hinterlegt werden soll; nur auf diese Weise wird vermieden, daß die Klägerin mehr erhält, als Schadensersatz: der Schaden besteht in dem Mangel einer Deckung für den Anspruch der Klägerin; mehr, wie eine Deckung (im Sinne einer Sicherung), darf auch der Geldbetrag nicht gewähren. Daß daneben der Beklagten die Hinterlegung von Wertpapieren zur Wahl gestellt ist, beschwert sie nicht; es ist ihr nur ein Mittel an die Hand gegeben, die ihr möglicherweise unbequemere Geldleistung zu vermeiden. Die Anrechnung einer ersparten oder zurückerhaltenen Gegenleistung der Klägerin auf ihren Schadensersatzanspruch ist nach Lage des Falles ausgeschlossen."

196. Ermächtigt der Besitz löschungsfähiger Quittung den Notar zum Geldempfang? (BGB. § 370). Urt. vom 15. Jan. 08, V 116/07.

Einem Notar R., der die Grundstückseigentümer vertrat, war die Löschungsbewilligung eines Gläubigers wegen einer auszuzahlenden Hypothek zugegangen mit dem Ersuchen, davon erst nach Einsendung des Geldes an den Gläubiger Gebrauch zu machen. R. hat den an ihn gezahlten Betrag der Hypothek unterschlagen, den Eigentümern die Löschungsbewilligung ausgehändigt und ihren Löschungsantrag beurkundet. Die Hypothek ist gelöscht. Der Gläubiger klagt auf ihre Wiederherstellung.

Aus den Gründen:

„Die Annahme des Berufungsrichters, daß R. keine Vollmacht zum Geldempfang für den Kläger gehabt habe, ist allerdings nicht zu beanstanden, da aus der Übersendung der Urkunden allein, wie das Reichsgericht bereits wiederholt entschieden hat (Urt. vom 29. Sept. 06, V 635/05 in der JW. 06, 714

Nr. 12 und vom 8. Juni 07, V 526/06), eine solche Vollmacht nicht herzuleiten ist und auch sonst die Feststellung des Berufungsrichters einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt. Zwar bezieht sich die Revision für die Richtigkeit ihrer Auffassung auf die Vorschrift des BGB. § 370; als ein Quittungsüberbringer im Sinne dieser dem Handelsverkehr (altes HGB. Art. 296) entlehnten Vorschrift kann jedoch ein Notar, dem Urkunden in seiner amtlichen Eigenschaft zugehen, nicht betrachtet werden. Überdies aber ist nicht einzusehen, was bei Anwendung dieser Vorschrift gewonnen wäre. Denn da R. zugleich der Zahlende gewesen sein soll, so kann er über den Umfang seiner Befugnisse in dieser Eigenschaft ebensowenig im Zweifel gewesen sein, wie in seiner Eigenschaft als angeblicher Zahlungsempfänger des Klägers."

197. Anspruch auf Rückübertragung einer Forderung nach Erfüllung des Zwecks der Sicherungsübertragung (BGB. § 398). Urt. vom 15. Jan. 08, V 205/07.

„Nach den tatsächlichen Klagebehauptungen ist die Klage darauf gestützt, daß die Klägerin von der auf dem Grundstücke der Handelsgesellschaft N. & N. für sie eingetragenen Hypothek einen Teil unter Bildung eines Teilhypothekenbriefes an die Beklagte zu dem Zwecke abgetreten habe, ihr Sicherheit für die ihr gegen die Gesellschaft zustehende Forderung von 10000 ℳ zu gewähren. Es handelt sich demnach nicht um den Abschluß eines Pfandvertrages, um die Begründung eines Pfandrechtsverhältnisses im eigentlichen Sinne, sondern um eine sog. Sekuritätszession, bei der ein Forderungsrecht einem anderen übereignet wird zu dem Zwecke, ihn wegen einer ihm zustehenden Forderung sicherzustellen (RGZ. 24 S. 45, 161; 30, 275). Ist die gesicherte Schuld abgetragen, so ist der Zweck, zu dem die Übertragung erfolgt ist, erreicht und steht daher dem Abtretenden gegen den Zessionar der Anspruch auf Rückzession zu (RGZ. 24, 163).

Da nun die gesicherte Forderung unstreitig getilgt ist, so ist der Anspruch der Klägerin auf Rückzession der Hypothek gerechtfertigt. Dieser Anspruch ist auch nicht dadurch erledigt, daß die Beklagte die Hypothek im Laufe des Rechtsstreites an die Gesellschaft N & N. abgetreten hat. Denn die Klägerin hatte auf Grund der durch die Sekuritätszession zwischen ihr und der Beklagten begründeten unmittelbaren Rechtsbeziehungen ein Recht darauf, daß nach Erfüllung des Sicherungszweckes die Hypothek an sie selbst zurückübertragen wurde. Die Vorinstanzen haben daher die Beklagte trotz Abtretung der Hypothek an die Gesellschaft mit Recht zur Rückübertragung der Hypothek an die Klägerin verurteilt."

198. Rechtsstellung der Beamten einer Gemeinde nach ihrer Eingemeindung (BGB. § 419). Urt. vom 17. Jan. 08, III 248/07.

„Die Revision meint, daß die Beklagte die Gehaltsforderung des Klägers schon deshalb zu berichtigen verpflichtet sei, weil sie nach § 2 des Eingemeindungsvertrages vom 18./19. Juni 1903 das gesamte Vermögen der Gemeinde St. übernommen habe. Daraus folge nach BGB. § 419 ihre Haftung für die Schulden der Gemeinde. Sie habe diesen gesetzlich eintretenden Schuldübergang nicht durch Bestimmungen des Vertrages, insbesondere nicht durch den § 12 beschränken können. Diese Auffassung, welche die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zur Anwendung gebracht wissen will, ist rechtlich unhaltbar. Die Eingemeindungen und die daraus für die Beteiligten sich ergebenden Rechtsfolgen sind, der Natur der dabei in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse entsprechend, grundsätzlich nach öffentlichem Rechte zu beurteilen. Das Wesen der Eingemeindung besteht darin, daß zwei bisher selbständige Gemeinden, der Regel nach auf Grund eines zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrages, durch Verfügung der Staatsgewalt dergestalt miteinander vereinigt werden, daß sie von dem hierfür bestimmten Zeitpunkte ab nur noch als eine Gemeinde, als ein Kommunalverband in

Betracht kommen. Daraus folgt, daß der nunmehr einheitliche Kommunalverband die Aufgaben beider bisher selbständiger Gemeinden zu erfüllen hat, daß er die Rechtspersönlichkeit beider, nur in anderer Gestalt, fortsetzt, daß Rechte und Pflichten beider auf ihn übergehen, so, wie sie bisher für die einzelnen Gemeinden begründet waren. Alle diese Wirkungen gehören lediglich dem Staatsrechte an, sind nur aus ihm zu erklären und danach zu beurteilen (vgl. auch PrOVG. 34, 80; 37, 405).

Die rechtliche Grundlage hierfür bildet in der Rheinprovinz zunächst der § 2 Abs. 2, 3 der Städteordnung für diese Provinz vom 15. Mai 56:

‚Veränderungen des Stadtbezirks können nur mit Genehmigung des Königs nach Anhörung der Gemeindevertretung vorgenommen werden. Bei Veränderungen im Stadtbezirke erfolgt die Regulierung der Verhältnisse nach Vernehmung der Beteiligten im Verwaltungswege durch die Regierung, gegen deren Entscheidung der Rekurs an den Oberpräsidenten stattfindet.

Privatrechtliche Verhältnisse dürfen durch dergleichen Veränderungen niemals gestört werden.‘

An die Stelle des zweiten Satzes des zweiten Absatzes ist später der § 8 Abs. 2 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. Aug. 83 getreten:

‚Der Bezirksausschuß beschließt über die infolge einer Veränderung der Grenzen der Stadtbezirke notwendig werdende Auseinandersetzung zwischen den beteiligten Gemeinden, vorbehaltlich der den letzteren gegeneinander zustehenden Klage im Verwaltungsstreitverfahren.‘

Ferner kommt in Betracht der § 9 der Landgemeindeordnung für die Rheinprovinz vom 23. Juli 45:

‚Die Bürgermeistereien sollen in ihrer bisherigen Begrenzung beibehalten werden; es bleibt jedoch vorbehalten, soweit die gegenwärtigen Bezirke nicht zweckmäßig befunden werden, die erforderlichen Abänderungen zu treffen. Diese können nur mit Genehmigung des Ministers des Innern auf den mit dem Gutachten des Oberpräsidenten begleiteten Bericht der Regierung erfolgen; die beteiligten Bürgermeistereiversammlungen und die Kreisstände müssen darüber zuvor mit ihrer Erklärung gehört werden.‘

An die Stelle des letzten Satzes ist dann der § 22 der Kreisordnung für die Rheinprovinz vom 30. Mai 77 getreten, wonach ‚die Abänderung der Landbürgermeistereien‘ ... ‚fortan durch den Minister des Innern im Einvernehmen mit dem Bezirksausschusse nach vorheriger Anhörung der Beteiligten und des Kreistages‘ erfolgt. Nach § 25 Abs. 4 des Zuständigkeitsgesetzes, der an die Stelle des § 10 der Landgemeindeordnung getreten ist, beschließt auch hier über die notwendig werdende Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten der Kreisausschuß mit Vorbehalt der diesen gegeneinander zustehenden Klage im Verwaltungsstreitverfahren.

Diese Übersicht zeigt, daß die Eingemeindung ausschließlich nach dem öffentlichen Rechte zu beurteilen ist und zwar grundsätzlich in allen ihren Beziehungen und in Ansehung aller ihrer Wirkungen. Dies trifft insbesondere auch für die Beamten der vereinigten Gemeinden zu, weil auch deren Rechtsstellung ausschließlich im öffentlichen Rechte wurzelt, und zwar auch, soweit ihre Ansprüche auf Gehalt oder Ruhegehalt in Frage kommen. Denn auch diese Ansprüche sind, wenn auch ‚vermögensrechtlicher‘, so doch nicht bürgerlichrechtlicher, sondern staatsrechtlicher Natur, wie in dem Urteile des erkennenden Senats vom 10. Febr. 03 (RGZ. 53, 423, insbesondere 429) dargelegt ist. Auch ihre rechtliche Stellung ist deshalb, soweit nicht in dem Eingemeindungsvertrage oder in dem die Eingemeindung anordnenden staatsrechtlichen Akte etwas Besonderes bestimmt ist, lediglich nach Maßgabe der oben erörterten rechtlichen Natur der Eingemeindung zu beurteilen. Daraus ergibt sich, daß nach der Eingemeindung die einheitliche Gemeinde in jeder Beziehung an die Stelle der früheren Einzelgemeinde dem Beamten gegenübertritt, ebenso, wie diese dem letzteren bisher gegenüberstand, daß sie also verpflichtet

ist, dem Beamten alles dasjenige zu gewähren, worauf diesem nach seinem bisherigen Dienstverhältnisse bei der Einzelgemeinde ein Recht zustand, namentlich also das gleiche Gehalt und die sonstigen Diensteinkünfte, wie sie dem Beamten bisher zustanden, daß sie aber andererseits auch berechtigt ist, die Leistung der Dienste des Beamten ebenso zu fordern, wie es die bisherige Einzelgemeinde zu fordern befugt war. Wie die einheitliche Gemeinde tatsächlich die bisherigen Einzelgemeinden mit allen ihren Einrichtungen in sich aufgenommen hat, so repräsentiert sie auch jede von ihnen deren Beamten gegenüber ebenso, als ob sie von Beginn des Dienstverhältnisses an die Dienstherrin des Beamten gewesen wäre."

199. Unterschied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme (BGB. §§ 765, 421). Urt. vom 10. Jan. 08, VII 129/07.

„Weiter legen aber auch die Ausführungen des Berufungsrichters, daß T. jedenfalls eine Haftung als Gesamtschuldner neben D. nicht habe übernehmen wollen, sondern höchstens eine Bürgschaft, weil er erklärt habe, zahlen zu wollen, wenn D. nicht zahle, die Annahme nahe, daß seine Entscheidung von einer unrichtigen Auffassung der rechtlichen Natur der Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme beeinflußt ist. Der Berufungsrichter steht anscheinend zwar auf dem auch vom erkennenden Senat für richtig erachteten Standpunkt, den der 6. ZS. des Reichsgerichts in seinen Entscheidungen (abgedruckt in GruchotsBeitr. 50, 946 und RGZ. 59, 232), vertreten hat, daß nämlich im einzelnen Fall eine von der Bürgschaft verschiedene sog. kumulative Schuldübernahme, d. h. ein Hinzutreten eines neuen Schuldners neben den ursprünglichen als Gesamtschuldner i. S. des BGB. § 421 möglich ist, und zwar ohne Beobachtung der Form des BGB. § 766. Ein solches Hinzutreten eines weiteren Schuldners wird dann besonders in der Absicht der Parteien liegen, wenn, wie vorliegend, ein eigenes Interesse des Hinzutretenden an der Erfüllung der Gegenleistung gegeben ist. Wenn der Berufungsrichter trotzdem ein kumulatives Hinzutreten des Beklagten als weiteren Schuldners um deswillen verneinen zu müssen glaubt, weil Beklagter die Zahlung nur unter der Bedingung ‚wenn D. nicht zahle' versprochen habe, so übersieht er, daß das Hinzutreten als Gesamtschuldner auch unter einer Bedingung erfolgen kann und daß nichts im Wege steht, daß die Bedingung darauf abgestellt wird, daß der ursprüngliche Schuldner nicht zahlen sollte. Eine derartige Bedingung würde keineswegs den begrifflichen Unterschied zwischen der Bürgschaft — Übernahme der Haftung für eine fremde Schuld — und der kumulativen Schuldübernahme — Übernahme der Schuld als einer eigenen — beseitigen. Auch hier bedarf es einer erneuten Prüfung, ob nicht in jenen Erklärungen der Parteiwille dahin zum Ausdruck gekommen ist, daß T. neben D. die Bezahlung der Arbeiten als eine eigene Schuld übernehmen wollte. Diese nochmalige Prüfung ist um so mehr erforderlich, als die beanstandete Begründung gegenüber der als wahr unterstellten Äußerung: ‚Machen Sie die Arbeit fertig, Sie bekommen Ihr Geld von uns; ich bin Sozius' überhaupt versagt, da eine Bedingung hier nicht hinzugefügt ist."

200. Anspruch auch des Käufers, dessen Recht durch Vormerkung gesichert ist, gegen den Verkäufer auf Beseitigung später eingetragener Rechte (BGB. § 435). Urt. vom 31. Jan. 08, II 464/07.

„Die angefochtene Entscheidung, durch welche der Klageanspruch auf Verurteilung des Beklagten zur Auflassung der in Frage stehenden Grundstücke in Gemäßheit der notariellen Verträge vom 1. Febr. und 16. Mai 04 an ihn frei von der unter Nr. 5 Abt. 2 eingetragenen Belastung zugunsten der Ehefrau B. zugesprochen, und die Widerklage, mit der beantragt war, daß der Kläger verurteilt werde, die Auflassung so entgegenzunehmen, wie das Grundvermögen zurzeit eingetragen ist, also mit der fraglichen Belastung, abgewiesen wurde, erscheint rechtlich begründet. Das OLG. hat zutreffend ausgeführt, daß es für die vorliegende Sache nicht auf BGB. § 434, sondern auf § 435

ankommt. Nach dieser Bestimmung ist der Verkäufer verpflichtet, auch diejenigen im Grundbuch eingetragenen Rechte, welche nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn sie im Falle des Bestehens das dem Käufer zu beschaffende Recht beeinträchtigen würden.

Der Umstand, daß das dingliche Recht der Witwe B. für den Fall der Auflassung an den Kläger mit Rücksicht auf die für ihn früher eingetragene Vormerkung materiell hinfällig werden würde, steht daher dem Klageanspruch nicht entgegen und kann den Anspruch der Widerklage nicht begründen. Daß aber die streitige Eintragung für den Fall des Bestehens des Rechts das Recht des Klägers auf das freie Eigentum beeinträchtigen würde, ergibt sich schon daraus, daß dieselbe der Verfügung über die Grundstücke mindestens hinderlich sein würde."

201. Eintrag baupolizeilicher Beschränkungen im Grundbuch ist unzulässig. Keine Haftung des Grundstücksverkäufers trotz Eintrags (BGB. § 436; GBO. § 54 Abs. 1). Urt. vom 7. Jan. 08, II 386/07.

„Nach ZPO. § 322 Abs. 2 ist die Entscheidung, daß eine von dem Beklagten aufrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig. In dem Vorprozesse der Parteien ist das Bestehen der damals aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung aus zwei selbständigen Entscheidungsgründen verneint worden. Ob hierbei das Prozeßgericht das Hauptgewicht auf den einen oder auf den anderen Entscheidungsgrund gelegt hat, ist für die Tragweite der Rechtskraft jenes Urteils von keiner rechtlichen Erheblichkeit; für diese ist vielmehr allein entscheidend, daß das Bestehen der Gegenforderung verneint worden ist.

Hiernach kommt es nur noch für den Restbetrag von 2200 ℳ auf die weitere Begründung des Berufungsurteils an. Sie geht im wesentlichen dahin, das fragliche eingetragene Recht sei nicht als eine privatrechtliche Grunddienstbarkeit oder eine andere privatrechtliche Last, sondern vielmehr als eine öffentliche Last anzusehen, die im öffentlichen Interesse und zugunsten aller Bewohner des betreffenden Stadtteiles den Grundstücken auferlegt sei. Im einzelnen hat das Berufungsgericht auf die Erwägungen in dem Urteile vom 2. Nov. 06 Bezug genommen. Hierin ist zunächst erwogen, im Prozesse komme die Belastung nur zugunsten der vorüberziehenden Straßenkörper in Betracht. Daß dem so ist, darüber herrschte in den Vorinstanzen kein Streit, weil die Firma W. die sämtlichen anstoßenden Grundstücke gemeinsam mit dem belasteten Grundstücke von der Stadtgemeinde angesteigert hatte. Insoweit ist auch ein Angriff nicht erhoben. Es ist dann näher ausgeführt, zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit gehöre vor allem, daß sie das Interesse des Grundstücks so, wie dieses Interesse durch dessen Beschaffenheit oder Lage bestimmt werde, zum Zweck habe, daß sie also den Besitz des Grundstücks entweder nutzbarer oder angenehmer mache, mit anderen Worten, daß sie für den Berechtigten einen wirtschaftlichen Vorteil und nicht nur ein außerhalb des Privatrechts liegendes Interesse bieten müsse. Diese Voraussetzung treffe aber im vorliegenden Falle nicht zu. Denn durch das Unterlassen der Wirtschaftsführung im Vorgarten des fraglichen Hauses entstehe für den oder für die vorüberziehenden Straßenkörper kein wirtschaftlicher Vorteil; im Gegenteil, durch die Bewirtschaftung der Vorgärten werde der Straßenkörper noch belebt und durch die Frequenz entstehe eine Werterhöhung der ganzen Anlage. Der Eintrag im Grundbuche enthalte nichts anderes als eine öffentliche Last, die zur Eintragung in das Grundbuch überhaupt nicht geeignet gewesen sei. Die Stadt M. habe bei der Versteigerung ihrer Grundstücke in der östlichen Stadterweiterung den Wunsch gehabt, diesen Stadtteil zu einem Villenquartier und zu Wohnungen für reiche Privatleute auszugestalten und aus diesem Grunde habe sie zahlreiche Baubeschränkungen und sonstige Bedingungen den Kaufbestimmungen zugrunde gelegt, welche alle miteinander in das Grundbuch

eingetragen worden seien; dieselben seien aber keine Grunddienstbarkeiten, sondern Lasten, welche im öffentlichen Interesse und zugunsten aller Bewohner des erwähnten Stadtteils den Grundstücken auferlegt worden seien. Das Recht, derartige Lasten aufzuerlegen, gründe sich auf BadPolStGB. § 116 und die auf Grund desselben erlassene VO. vom 5. Mai 69, die Handhabung der Baupolizei betreffend, welche in § 42 Ziff. 21 den Ortsbehörden ausdrücklich die Bestimmung vorbehalte, für gewisse Ortsteile Beschränkungen hinsichtlich des Gewerbebetriebes zu bestimmen. Hiervon habe die Stadtgemeinde M. in ihrer Bauordnung § 46 Abs. 3 Gebrauch gemacht, wonach ‚die Benutzung der Vorgärten zu gewerblichen Zwecken' nur ausnahmsweise mit Zustimmung des Stadtrates von der Baupolizeibehörde gestattet werden kann. Der Grundbucheintrag sei sonach in dieser Hinsicht nichts anderes als eine Wiederholung dieser baupolizeilichen Bestimmung; er habe neben derselben keine zivilrechtliche Bedeutung, sondern stehe und falle mit der Geltung der Bauordnung (vgl. EGBGB. Art. 111). Die Eintragung dieser baupolizeilichen Beschränkung in das Grundbuch sei unzulässig und deshalb gemäß GBO. § 54 Abs. 1 von Amts wegen zu löschen gewesen. Sei aber die Beschränkung als öffentliche Last zu betrachten, so hafte dafür der Verkäufer gemäß BGB. § 436 nicht; daher sei ein Ersatzanspruch bezüglich der an die Stadt M. gezahlten 10000 ℳ nicht begründet.

Daß in der Entscheidung der Begriff der Grunddienstbarkeit verkannt sei, wie von der Revisionsklägerin aufgestellt wird, ist nicht anzuerkennen. Ob eine Eigentumsbeschränkung privatrechtlicher Natur ist oder eine öffentliche Last bildet, für diese Unterscheidung wird im wesentlichen der Umstand ausschlaggebend sein, ob die Beschränkung bloß zum Privatvorteil von einem oder mehreren einzeln dient oder ob sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist. Von diesem Standpunkte ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Es hat auch nicht grundsätzlich und allgemein verneint, daß nicht auch zum Vorteile einer öffentlichen städtischen Straße durch privatrechtlichen Titel eine Dienstbarkeit bestellt werden könne. Vielmehr hat es nur angenommen und tatsächlich festgestellt, daß der ‚Grundbucheintrag' nichts anderes als eine Wiederholung der baupolizeilichen Bestimmung sei, mit ihrer Geltung stehe und falle und daß an ihrer Durchführung die Gemeinde nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse kein privatrechtliches Interesse habe. Ob eine Eigentumsbeschränkung sich als eine zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignete öffentliche Last darstellt, bestimmt sich nach dem für das Grundstück maßgebenden Landesrecht (EGBGB. Art. 111.) Auf Grund desselben hat das Berufungsgericht aus der angeführten tatsächlichen Feststellung ohne Rechtsirrtum die Folgerung gezogen, daß es sich lediglich um eine zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignete öffentliche Last handele, die gemäß GBO. § 54 von Amts wegen zu löschen und bezüglich deren eine Haftbarkeit der Beklagten gemäß BGB. § 436 nicht begründet gewesen wäre."

202. Begriff der „Annahme" eines Grundstücks (BGB. § 464). Urt. vom 18. Jan. 08, V 201/07.

„Das Berufungsgericht hat dann aus der Tatsache, daß der Beklagte den Mangel zur Zeit der Auflassung gekannt hat, gefolgert, daß es zur Wahrung des Rechts der Mängelrüge nach BGB. § 464 eines Vorbehalts bedurft habe. Des Vorbehalts der Rechte bedarf es ‚bei der Annahme' der Sache. Was unter ‚Annahme' i. S. dieser Vorschrift zu verstehen, ist für Grundstücke nicht unstreitig, jedoch steht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. 58, 261, der die meisten Schriftsteller beigetreten sind [Planck, § 463 Anm. 1] ebenso Staudinger und Oertmann), fest, daß der Vorbehalt zu erklären ist, sobald entweder die Übergabe oder auch nur die Auflassung erfolgt; entscheidend ist der zeitlich frühere Akt. Vorliegend kann durch mangelnden Vorbehalt bei der Übergabe der Rechtsverlust nicht eingetreten sein, weil damals der Beklagte den Schwammfehler noch nicht kannte. Dann aber bedurfte es der

Erklärung des Vorbehalts vor oder bei der Auflassung. An sich müssen Übergabe und Auflassung zusammentreffen, wenn das Grundstück als angenommen gelten soll; der Begriff wird erst durch beide Rechtshandlungen erschöpft. Die Erklärungspflicht besteht daher, wenn der Rechtsverlust nicht schon durch den ersten Rechtsakt erfolgt ist, fort, bis zur vollendeten Annahme. Diese Auffassung liegt auch dem Urteile in Entsch. 58, 261 zugrunde, wo die Erklärungspflicht bis zur Auflassung als fortdauernd angenommen ist, trotz Entgegennahme der Übergabe in Unkenntnis des Mangels. Daß der Beklagte den Vorbehalt bei der Auflassung nicht erklärt hat, ist vom Berufungsgerichte bedenkenfrei und auch unangefochten angenommen worden. Nach dem allen ist die Feststellung, daß der Beklagte den Mangel der Sache gekannt und gleichwohl die Auflassung ohne Vorbehalt entgegengenommen hat, nicht zu beanstanden."

203. Zum Begriff der Schenkung; wann gilt eine Ausstattung als Schenkung? Ausstattungsversprechen gegenüber dem Bräutigam (BGB. §§ 516, 1624, 328). Urt. vom 23. Dez. 07, VI 350/07.

„. . . Bei Gelegenheit der rechtlichen Beurteilung des in dem Schuldscheine vom 2. Febr. 04 niedergelegten Rechtsgeschäfts selbst hat das Berufungsgericht ausgesprochen, daß eine Schenkung auf seiten des Versprechenden wie des Empfängers die subjektive Absicht voraussetze, daß der Empfänger des Versprechens ohne Grund bereichert werden sollte. Diese Annahme steht, wie die Revision zutreffend anführt, mit den Erfordernissen der Schenkung, wie sie sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts darstellen (vgl. Entsch. 62, 273 ff.) nicht im Einklange. Danach setzt die Schenkung objektiv die Bereicherung des Empfängers, subjektiv nur die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraus. Es kommt aber für die gegenwärtige Entscheidung auf diese Unterscheidung nicht das mindeste an, sofern das Berufungsgericht nur ohne Rechtsirrtum den Tatbestand eines zweiseitigen entgeltlichen Vertrages, in Leistung und Gegenleistung bestehend, für gegeben erachtet hat. Denn mit diesem kann die Annahme einer Schenkung nicht bestehen.

Wenn im BGB. § 1624 ausgesprochen ist, die Ausstattung, und demgemäß auch das Ausstattungsversprechen, gelte nur dann und nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteige, so ist daraus nicht zu folgern, daß die Ausstattung, soweit der letztere Fall zutrifft, unter allen Umständen als Schenkung angesehen werden mußte. Die Bedeutung des § 1624 ist gerade die, daß klargestellt werden soll, die Ausstattung sei an sich keine Schenkung. Ob sie, soweit sie das durch die Vermögensverhältnisse gegebene Maß übersteigt, im einzelnen Falle Schenkung ist, bleibt stets eine offene Frage, und die Bejahung der Frage setzt voraus, daß die allgemeinen Voraussetzungen des Tatbestandes der Schenkung vorliegen. Ist das Ausstattungsversprechen nach dem Ergebnisse dieser Prüfung nicht als unentgeltliche Zuwendung, sondern als Gegenleistung eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages erfolgt, dann fehlen die Erfordernisse der Schenkung nach BGB. § 516, und es ist deshalb eine solche auch nicht im Falle des BGB. § 1624 anzunehmen. Ein Mitgiftversprechen kann und wird häufig als Zusicherung einer Gegenleistung für die Eheschließung erfolgen, und dann liegt eine Schenkung nicht vor (Entsch. des RG. 62, 273; 63, 323; JW. 03 B. Nr. 290; 04, 405b; 06, 462 Nr. 17; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 440). Diese Grundsätze sind vom Berufungsgerichte nicht verkannt worden. Nach dessen Feststellungen war die Mitgift von 3000 ℳ dem F. längere Zeit vor der Eheschließung von der Beklagten zugesagt worden. Ihre Gewährung war für ihn die notwendige Gegenseite seines Eheversprechens; denn sie sollte ihm die Mittel bieten, einen Gewerbebetrieb zu beginnen, der beiden Eheleuten den Unterhalt verschaffen sollte. Davon, und daß er die Ehe nicht eingehen werde, wenn die Beklagte nicht die Mitgift leisten werde, hat er die Beklagte

verständigt, und sie hat daraufhin, um den F. ihrerseits zur Eingehung der Ehe zu verpflichten, den Schuldschein unterzeichnet. Auf diese Weise ist die Abhängigkeit der Leistungen, der Eingehung der Ehe einerseits und das Mitgiftversprechen andererseits, voneinander und ihre Gegenseitigkeit zueinander von beiden Teilen angenommen und zum Ausdruck gebracht worden.

Für diese Annahme der Gegenseitigkeit der Leistungen ist es nicht von Bedeutung, daß das Ausstattungsversprechen seinem Begriffe nach eine Zuwendung an das Kind des Versprechenden, hier an die Ehefrau F., zum Gegenstande hat, dergestalt, daß die gegebene Ausstattung dem eingebrachten Gute der Genannten zugehören sollte und zugehören muß, während als die Vertragsparteien die Beklagte und der Ehemann F. erscheinen. In dem Mitgiftversprechen gegenüber dem Bräutigam ist zugleich das Ausstattungsversprechen für die Tochter und an die Tochter, die bei der Unterzeichnung des Schuldscheines und dessen Vorbesprechung zugegen war, enthalten, und der gegenseitige Vertrag ist insoweit als Vertrag zugunsten eines Dritten (der Braut) anzusprechen."

204. Liegt Schenkung vor, wenn jemand ein Depositenkonto bei einer Bank auf den Namen eines anderen anlegen läßt und auf dieses Konto Einzahlungen macht? (BGB. §§ 516, 328, 177, 107). Urt. vom 2. Jan. 08, IV 232/07.

Die Eheleute G. B. und K. B. geb. Sch. in D. lebten im gesetzlichen Güterstande des Rheinischen Rechts, der mit dem 1. Jan. 1900 in die Fahrnisgemeinschaft des neuen Rechts überging. Der Ehemann starb am 13. Juli 1903. Er wurde von der überlebenden Witwe und fünf Kindern, darunter von den drei Klägern und von dem Beklagten beerbt. Nach ihm verstarb am 10. April 1906 die Witwe B. und wurde nur von den Klägern und von dem Beklagten beerbt. Die Kläger behaupten, „im Nachlasse der Eltern" habe sich ein Depositenbuch der Niederrheinischen Bank in D., lautend über den Betrag von 4859 ℳ befunden. Dieses Buch habe der Beklagte an sich genommen. Sie verlangten daraufhin in erster Instanz, daß der Beklagte verurteilt werde, einen Teil der Einlage an sie zu zahlen. Der Beklagte machte geltend, das Depositenbuch habe auf seinen Namen gelautet und sei ihm schon von seinem Vater geschenkt worden. Späterhin sei es ihm nach dem Tode des Vaters von der Mutter übergeben worden und er habe den Einlagebetrag abgehoben. Die Vorinstanzen haben den Beklagten verurteilt.

Aus den Gründen:

„... Der Berufungsrichter stellt in Abrede, daß der ‚Betrag' (des Depositenbuches) dem Beklagten von seinem Vater geschenkt worden sei. Er unterstellt dabei die Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten. Die Revision macht geltend, es habe, um die Schenkung zustande zu bringen, einer Abtretung nicht mehr bedurft. Denn da das Buch schon auf den Namen des Beklagten gelautet habe, so sei der Beklagte, als ihm die Mutter das Buch übergab, dadurch in den Stand gesetzt worden, das Gläubigerrecht gegenüber der Bank auszuüben. Nun ist zwar mit dem Berufungsrichter davon auszugehen, daß die Tatsache der Einzahlung auf den Namen des Beklagten diesen nicht unter allen Umständen zum Gläubiger des Bankguthabens machte und daß alsdann eine Übergabe des Buches von seiten der dazu nicht berechtigten Mutter diese Wirkung ebensowenig hervorbringen konnte. Allein schon im ersteren Punkte hätte der Berufungsrichter nötigenfalls unter Anwendung der ZPO. § 139 das Sachverhältnis weiter aufklären müssen. Eine Schenkung konnte zustande gekommen sein, wenn der Vater das Konto für den Sohn anlegen ließ, darauf Einzahlungen leistete und dabei im Namen des Sohnes handelte. Oder wenn er auch nicht im Namen des Sohnes handelte, wohl aber zugunsten des Sohnes im eigenen Namen den Vertrag abschloß, so jedoch, daß der Sohn unmittelbar das Recht haben sollte, die Leistung der Bank zu fordern (BGB. § 328). Im letzteren Falle wurde der Beklagte ohne weiteres Gläubiger, im ersten Falle wurde er es dann, wenn er den mit der Bank geschlossenen Vertrag, sei es auch während der Minderjährigkeit nach

vollendetem siebenten Lebensjahre, genehmigte (BGB. §§ 177 Abs. 1, 107). Es waren ihm alsdann Leistungen des Vaters zugewendet, die zu einer Schenkung wurden, sobald die Einigung hinzukam, daß sie unentgeltlich gewährt und angenommen sein sollten.

Immerhin bestand auch die Möglichkeit, daß der Beklagte nicht, insbesondere nicht zu Lebzeiten des Vaters, Gläubiger der Bank geworden war; so namentlich dann, wenn G. B. den Vertrag mit der Bank zwar zugunsten des Beklagten, nicht aber auch mit der im § 328 vorgesehenen Wirkung abgeschlossen hatte. Alsdann ist es richtig, daß nach BGB. §§ 1549, 1497 Abs. 2, 1442 Abs. 1 die Witwe K. B. nach dem Tode des Mannes die zum Gesamtgute gehörenden Rechte gegenüber der Bank für sich allein nicht wirksam auf den Beklagten übertragen konnte.

Allein nun entsteht die Frage: hat denn überhaupt die Witwe B. eine derartige Übertragung vorgenommen oder hat sie nicht vielmehr, wie der Beklagte offenbar behaupten wollte, einen dem Betrage der Einlage gleichkommenden Geldbetrag ihm aus ihrem nicht zum Gesamtgute gehörigen eigenen Vermögen geschenkt? In dieser Beziehung stand Behauptung gegen Behauptung. Denn die Kläger hielten, soweit ersichtlich, bis zuletzt daran fest, das Depositenbuch habe sich im Nachlasse der Eltern befunden; dann wäre also der Betrag bei Lebzeiten der Mutter auch nicht abgehoben worden. Die beiderseits streitigen Behauptungen bildeten aber keine Grundlage für die Aburteilung der Sache. Sollten sich in gewissem Umfange die Kläger das, was Beklagter behauptete, angeeignet haben, so würde die Klage unter Umständen auch dann begründet sein, wenn die Witwe K. B. bares Geld verschenkt, dieses aber aus dem Gesamtgute entnommen hat. Denn wenn die Revision geltend macht, der vom Berufungsrichter für diesen Fall unterstellte gute Glaube des Beklagten habe nach BGB. § 932 die Folge, daß der Beklagte Eigentümer des Geldes wurde, so ist das zwar richtig. Das überhob ihn jedoch nicht der Verpflichtung, das Erlangte gemäß BGB. § 816 Abs. 1 Satz 2 zum Gesamtgute herauszugeben. Immerhin würde es aber zunächst darauf ankommen, ob das Geld einen Bestandteil des Gesamtgutes gebildet hatte. Das steht keineswegs ohne weiteres fest, wenn der Beklagte im Einvernehmen mit der Mutter die Einlage abhob und dann das Geld an die Mutter abgab. Vielmehr hätten hierüber unter Beachtung BGB. §§ 1497 Abs. 2, 1473 Abs. 1, 1549 sowie nötigenfalls BGB. § 948 Abs. 1 genauere Feststellungen getroffen werden müssen. Unter Umständen lag die Sache so, daß die Witwe K. B. durch ihren Sohn, den Beklagten, das Geld für sich hatte abheben lassen und daß alsdann nicht der Beklagte nach BGB. § 816 Abs. 1 Satz 2, sondern die Witwe K. B. nach § 816 Abs. 2 zum Gesamtgute ersatzpflichtig geworden war."

205. Voraussetzungen der gemischten Schenkung. Berechnung der Pflichtteilsergänzung (BGB. §§ 516 Abs. 1, 2330, 2325 Abs. 1). Urt. vom 3. Febr. 08, IV 295/07.

„Der Berufungsrichter hat ferner zutreffend angenommen, daß zum Erweise einer in dem Kaufvertrage mitenthaltenen sogenannten gemischten Schenkung gemäß BGB. § 516 Abs. 1 nicht allein der Nachweis einer objektiven Bereicherung gehöre, die dem Empfänger der einen Leistung durch ihren Mehrwert im Vergleich zu seiner eigenen zuteil werde, sondern daß eine Einigung darüber hinzukommen müsse, vermöge dieses Mehrwerts zugleich eine unentgeltliche Zuwendung dem Empfänger darzubieten und von seiner Seite sie anzunehmen. Beide Voraussetzungen hat der Berufungsrichter als tatsächlich erfüllt angenommen. Es kam dabei unter anderem auf eine Veranschlagung des Wertes an, den das für August S. ausbedungene Wohnungs- und Unterhaltungsrecht unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Lebensdauer des Berechtigten gehabt hat. In dieser Beziehung meint die Revision, der Berufungsrichter sei nicht befugt gewesen, hierbei wie geschehen von den in dem Vertrage enthaltenen Wertsangaben abzuweichen. Das widerstreitet aber geradezu der ZPO. § 286.

Die nach Maßgabe der getroffenen Wertsfeststellungen vorgenommene Berechnung der Pflichtteilsergänzung gereicht in keinem Punkte der Beklagten und Revisionsklägerin zur Beschwerde. Eine Schenkung stellt die Übereignung des Grundstückes insoweit dar, als dessen Wert über den Gesamtwert der Gegenleistungen der Beklagten hinausgeht. Der Berufungsrichter nimmt jedoch zugunsten der Beklagten noch weitere Abrechnungen vor. Zunächst stellt er fest, die Beklagte habe vor dem Kaufabschlusse dem Erblasser als Wirtschafterin und Hausverwalterin wertvolle Dienste geleistet; sie habe dafür nur freie Station erhalten, der Erblasser habe ihr aber versprochen, sie ‚zu remunerieren'. In Rücksicht hierauf sei es eine sittliche Pflicht des Erblassers gewesen, sie in einem dem Wert ihrer Dienstleistungen entsprechenden Maße zu beschenken. Den Wert der Dienste berechnet der Berufungsrichter für die Zeit bis zum Vertragsabschluß, nämlich für 1½ Jahre mit 1350 ℳ und stellt seine Rechnung so auf, daß er in dieser Höhe die Schenkung unter Anwendung des BGB. § 2330 bei der Pflichtteilsergänzung außer Ansatz läßt. Diese an und für sich zutreffende Anwendung des § 2330 wird von der Revision als im Umfange nicht weit genug gehend bemängelt. Es wird behauptet, zugunsten der Beklagten habe auch die Zeit der Dienstleistungen nach dem Vertragsabschlusse bis zum Tode des Erblassers in Ansatz gebracht werden müssen. Das ist verfehlt. Denn nach dem Vertragsabschluß empfing der Erblasser in den Dienstleistungen der Beklagten nur das, was er auf Grund des Vertrages von ihr zu fordern hatte, also ohne daß sich daraus für ihn die sittliche Pflicht zu einer Schenkung ergab. Soweit aber die Beklagte nach dem Vertragsabschluß als Hausverwalterin tätig war, handelte sie in eigener Sache.

Verfehlt ist es, wenn der Berufungsrichter bei der Berechnung der Pflichtteilsergänzung auch die durch den Kaufvertrag entstandenen Kosten für den Fall in Abrechnung bringt, daß durch die Ableistung des einen der beiden Urteilseide ihre Entrichtung aus den eigenen Mitteln der Beklagten in Gewißheit gesetzt wird. Um die Pflichtteilsergänzung zu berechnen, ist nach BGB. § 2325 Abs. 1 ‚der verschenkte Gegenstand' und nicht nur die vermöge der Schenkung dem Beschenkten zuteil gewordene Bereicherung dem Nachlasse hinzuzurechnen. Soweit daher durch den Schenkungsakt Kosten entstanden und von dem Beschenkten getragen sind, kürzen sie nicht die Pflichtteilsergänzung selbst, sondern sie begrenzen nur, sofern der Ergänzungsanspruch gemäß § 2329 gegen den Beschenkten gerichtet ist, als eine die Bereicherung verringernde Aufwendung dessen Herausgabepflicht."

206. Umfang der Pflicht des Dienstherrn zur Unterhaltung von Diensträumen (BGB. § 618; EGBGB. Art. 95 Abs. 2). Urt. vom 21. Jan. 08, III 242/07.

„Die Rüge der Revision, BGB. § 618 sei unrichtig angewandt, ist verfehlt. Nach EGBGB. Art. 95 Abs. 2 findet u. a. auch der § 618 des letzteren auf das Gesindedienstverhältnis Anwendung. Zu den Räumen i. S. des § 618 aber, für deren Einrichtung der Dienstberechtigte zu sorgen hat, gehören bei den auf die Wohnungs- und Geschäftsräume des Dienstherrn überhaupt ausgedehnten Dienstverrichtungen des Gesindes auch die Flure. Mit dem Hinweise darauf ferner, daß für den Zustand der Falltür zu dem Keller nicht der Beklagte, sondern dessen Vermieter verantwortlich sei, kann jener seine Haftung für die aus der Gefährlichkeit des Zustandes entspringenden Schäden nicht ablehnen. Den hierfür vom Berufungsgerichte gegebenen Gründen ist durchaus beizutreten. Hiernach war er nötigenfalls berechtigt und deshalb seinem Gesinde gegenüber auch verpflichtet, selbst die Einrichtung der Falltür entsprechend zu ändern (BGB. § 538 Abs. 2)."

207. Anwendung der Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag auf das Agenturverhältnis; Kündigung des über die Vertragszeit fort-

gesetzten Agenturverhältnisses (BGB. §§ 625, 611 Abs. 2). Urt. vom 14. Jan. 08, III 261/07.

„Die Revision rügt Verletzung des BGB. § 625. Das Agenturverhältnis sei kein Dienstverhältnis, wie das Reichsgericht schon wiederholt erkannt habe. Auf den Agenturvertrag könne also BGB. § 625 überhaupt keine Anwendung finden. Falle aber die Vorschrift des § 625 fort, so hätte bei der tatsächlichen Fortsetzung des Vertrags über den 1. Januar 1906 hinaus neben den übrigen Bestimmungen auch die frühere vertragsmäßig festgesetzte Kündigungsfrist fortgelten müssen.

Der Angriff der Revision ist nicht begründet. Wohl ist es vom Reichsgericht ständig anerkannt worden, daß der Agenturvertrag kein ‚Dienstverhältnis' begründe, auf welches unterschiedslos alle Regeln des Dienstvertrags Anwendung zu finden hätten. Insbesondere ist die Anwendung der KO. §§ 22 und 61 Ziff. 1 auf den Agenturvertrag abgelehnt worden (RGZ. 62, 249; 63, 73). Dagegen ist diesen Entscheidungen keineswegs zu entnehmen, daß der Agenturvertrag überhaupt nicht in die Vertragsart des ‚Dienstvertrags', von dem BGB. §§ 611 ff. handeln, eingereiht werden könne. Im Gegenteil lassen sie ersehen, daß der erkennende Senat auch damals schon den Agenturvertrag als eine Unterart des Dienstvertrags aufgefaßt hat. Das Urteil in RGZ. 62, 249 spricht vom Handlungsagenten im Gegensatze zu ‚anderen Dienstverhältnissen' und das Urteil in RGZ. 63, 73 wendet auf den Agenturvertrag KO. § 23 Abs. 2 an, der sich auf den Fall bezieht, daß jemand sich durch einen Dienstvertrag oder Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm vom Gemeinschuldner übertragenes Geschäft zu besorgen. In gleicher Weise hat der Senat in dem Urt. vom 5. März 07 (III Nr. 293/06) entschieden, indem er darin ausführt, daß der Handlungsagent zu dem Geschäftsherrn im Verhältnis des Dienstverpflichteten zum Dienstberechtigten stehe und daß das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis dasjenige aus einem Dienstvertrage sei, nur allerdings einem solchen, der dem Dienstverpflichteten die Selbständigkeit in der Art der Leistung der Dienste, der Vermittlung der Geschäfte für den Geschäftsherrn, überläßt. Bei dieser Rechtsprechung ist stehen zu bleiben. Der Dienstvertrag, wie ihn das BGB. gestaltet hat, umfaßt Dienste jeder Art (§ 611 Abs. 2). Die gemeinrechtlichen Unterscheidungen und Beschränkungen sind abgestreift. Weder die Art der Vergütung, die der Handlungsagent in Gestalt von Provisionen zu beziehen pflegt, noch seine Stellung als die eines selbständigen Kaufmanns sind ein Hindernis, ihn als Dienstverpflichteten aufzufassen. Das BGB. hat eine bestimmte Art der Vergütung nicht zum begrifflichen Merkmal des Dienstvertrags erhoben und nach ihm gehört es auch nicht zum Wesen dieses Vertrags, daß der Dienstverpflichtete seine Dienste in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Dienstberechtigten leiste.

Auf dem hier eingenommenen Standpunkte steht auch die überwiegende Meinung in der Literatur (Staub, HGB. § 84 Anm. 4*a*; Düringer-Hachenburg, HGB. 1, 257; Lehmann-Ring, HGB. § 84 Anm. 4; Goldmann, HGB. § 84 Anm. 1; Jaeger, KO. § 23 Anm. 6. Andrer Ansicht: Makower, HGB. § 84 Anm. 1; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 § 340 I).

Gegen die Auslegung des § 625 selbst, daß nämlich als Kündigungsfristen für das stillschweigend fortgesetzte Dienstverhältnis nur die gesetzlichen, nicht die vertraglichen in Betracht kommen können, hat die Revision keinen Einwand erhoben. Die Auslegung ist auch richtig. Für das fortgesetzte Dienstverhältnis bleibt der gesamte Vertragsinhalt bestehen, nur in bezug auf seine Beendigung steht es fortan unter den Regeln des Gesetzes, nicht mehr unter denen des Vertrags, es ist ein ‚auf unbestimmte Zeit' eingegangenes Verhältnis i. S. von BGB. § 620 Abs. 2 geworden. Das besagt der Wortlaut des § 625, ist aber auch in der Entstehungsgeschichte deutlich zum Ausdruck gekommen. In den Motiven zum ersten Entw. 2, 415 wird zu Entw. § 524, der dem § 568 des Gesetzbuchs entspricht, zu der Frage der relocatio tacita ausgeführt: ‚Den Intentionen und den Interessen beider Teile entspricht es

indessen am meisten, wenn eine Mietzeit nicht als vereinbart gilt, mithin das stillschweigend verlängerte Mietverhältnis nach Maßgabe des § 522 Abs. 2—6 (jetzt BGB. § 565), durch Kündigung und nur durch Kündigung beendet werden kann.' In der zweiten Kommission wurde — worauf die Vorinstanz mit Recht hinweist — zu Entw. § 524 der Antrag gestellt, ihn so zu fassen: . . . ,so gilt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung das Mietverhältnis als verlängert in der Art, daß es nur durch Kündigung nach Maßgabe des § 522 Abs. 2—7 beendigt werden kann.' Die Kommission entschied sich für Beibehaltung des Entwurfs, sprach aber aus, daß der Antrag mit dem Entwurfe sachlich übereinstimme (Prot. der 2. Kommission 2, 217)."

208. „Fehler" bei neu zu erfindenden oder zu konstruierenden Maschinen (BGB. § 633). Urt. vom 17. Jan. 08, III 241/07.

„Das Berufungsgericht stellt ferner fest, daß nach den Gutachten der Sachverständigen die Maschine so vollkommen ausgefallen sei, als es nach dem dermaligen Stande der Technik geschehen konnte und es nimmt ohne Rechtsirrtum an, daß sie hiernach mit einem Fehler i. S. BGB. § 633 nicht behaftet sei. Zutreffend führt es aus, daß unter einem ‚Fehler' im allgemeinen eine vom Normalzustand nachteilig abweichende Beschaffenheit zu verstehen und daß ein Normalzustand bei neu zu erfindenden oder neu zu konstruierenden Maschinen als Vergleichungsmaßstab nicht gegeben sei, ein Mangel aber, der sich bei dem vollendeten Werk herausstelle, nur insoweit als ein Fehler im Sinne des Gesetzes sich bezeichnen lasse, als er bei richtiger Anwendung der technischen Grundsätze hätte vermieden werden können; sei zu sagen, daß nach dem damaligen Stand der Technik sich nichts Besseres habe herstellen lassen, so sei das Werk nicht mit einem ‚Fehler' behaftet, möge es auch zu dem vorausgesetzten oder bei ähnlichen Maschinen gewöhnlichen Gebrauch sich nicht mit Vorteil verwenden lassen."

209. Pflichten des Automobilführers (BGB. § 823). Urt. vom 23. Dez. 07, VI 113/07.

„Nach den Feststellungen des Landgerichts, denen sich das Oberlandesgericht, wie seine Ausführungen ergeben, angeschlossen hat, war M., der in einem von ihm selbst gelenkten Einspänner in der Richtung nach C. zu fuhr, ausgestiegen, als er wahrnahm, daß ihm ein Automobil entgegengefahren kam, weil er gefürchtet hatte, daß sein Pferd vor dem Kraftwagen scheuen könne. Er hatte seinen Wagen ganz auf die eine Seite der Straße geführt, hielt, als der Kraftwagen näher herankam, das Pferd mit einer Hand am Kopf, mit der anderen Hand hielt er die Peitsche warnend hoch. In dem Kraftwagen befanden sich der Beklagte und der Chauffeur F., die Leitung des Fahrzeuges besorgte der Beklagte selbst. Als der Kraftwagen bereits an dem Geschirr M.s vorüber war, wurde das Pferd, das schon vorher deutliche Zeichen von Unruhe gegeben hatte, scheu, M. lief, von dem Tier mit fortgezogen, eine Strecke weit mit diesem, kam dann zu Fall und erlitt Verletzungen, die nach einiger Zeit seinen Tod herbeiführten . . . Hat das Berufungsgericht angenommen, in der Bestimmung der Verordnung, wonach der Automobilführer unter Umständen zur Abwendung von Gefahren für Menschen oder Tiere sein Gefährt zum Stehen bringen muß, sei ohne weiteres auch das Gebot zu befinden, daß er, wenn es zur Verhütung dieser Gefahren erforderlich sei, auch den Motor abstellen müsse, so ist dies eine Auslegung der Verordnung, gegen die bei deren Irrevisibilität ein erfolgreicher Angriff in der jetzigen Instanz nicht möglich ist. Wollte man aber, was bei der Fassung der Urteilsgründe des Berufungsgerichts nicht ausgeschlossen erscheint, annehmen, dieses habe seine Annahme, daß der Beklagte den Motor seines Kraftwagens hätte abstellen müssen, nicht auf die angezogene Verordnung gestützt, sondern aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet, so wäre auch dagegen nichts einzuwenden. Muß ein Automobilführer, sei es aus welchem Grunde es sei, sein Gefährt anhalten, so

ist es ein Gebot der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, daß er den Motor zum Stillstand bringt, wenn er bei pflichtmäßiger Überlegung erkennen muß, daß durch das Geräusch des leergehenden Motors Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen entstehen könne, das aber muß er sich sagen, wenn sich unweit der Stelle, wo er hält, ein Pferd befindet, das offensichtlich bereits durch das Herannahen des Kraftwagens in erheblichem Maße unruhig geworden ist (vgl. auch die vom Bundesrat bekanntgegebenen Grundzüge, betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, vom 3. Mai '06 § 18 Abs. 6). Eine solche Sachgestaltung aber lag nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hier vor . . ."

210. Haftet der Hausverwalter für den Unfall, den eine Mieterpartei durch eine als gefährlich nicht erkennbare Schadhaftigkeit des Grundstücks erleidet, wenn er Ausbesserung zugesichert hatte? (BGB. § 823). Urt. vom 2. Jan. 08, VI 135/07.

Die Klägerin ist am 12. November 1900 des Abends nach 7 Uhr zu W. beim Überschreiten der Hoftüre in einem von dem Beklagten verwalteten Hause, in dem sie zur Miete wohnte, wie sie behauptet, infolge der Schadhaftigkeit der Rollschicht vor der Hoftüre gefallen und hat den rechten Fußknöchel gebrochen. Sie verlangt, gestützt auf BGB. § 823, von dem beklagten Hausverwalter Ersatz ihres Schadens. Das Landgericht hat ihr einen Teil zugesprochen und im übrigen die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz wurde dem Beklagten der Eid auferlegt: es sei nicht wahr, daß der Ehemann der Klägerin ihn vor dem Unfallstage auf die Schadhaftigkeit der Rollschicht aufmerksam gemacht und Beklagter ihm die erbetene Ausbesserung zugesagt habe. Für den Fall der Verweigerung des Eides sollte Beklagter verurteilt werden.

Aus den Gründen:

„Nach der Feststellung des Berufungsgerichts war die Lücke in der Rollschicht, in der die Klägerin hängen geblieben sein will, durch Abspringen eines Mauersteins nächst der Türangel, also an einer Stelle, wo man nicht hinzutreten pflegt, entstanden. Sie war etwa 2 cm tief, nicht auffällig und als gefährlich nicht erkennbar, sondern gehörte zu den Unebenheiten, wie sie das Pflaster der Straßen und Bürgersteige kleiner Städte ländlichen Charakters, so auch des Vorortes W. aufweist, und wie sie als gefahrbringend und beseitigungsbedürftig im allgemeinen nicht angesehen werden. Frei von Rechtsirrtum nimmt daher das Berufungsgericht an, daß der Beklagte ohne Verschulden diese Vertiefung — von der selbst die Klägerin nach ihrer eidlichen Erklärung keine Kenntnis gehabt hat, obwohl sie täglich die Schwelle überschritt — übersehen oder, wenn er sie bemerkte, als einen dem Verkehr nicht gefährlichen oder nicht ausbesserungsbedürftigen Mangel erachten durfte. Dagegen kann der weiteren Ausführung des Berufungsgerichts nicht beigetreten werden, daß der Beklagte dann ersatzpflichtig werde, wenn er den ihm über die Benachrichtigung von der Schadhaftigkeit der Rollschicht zugeschobenen Eid verweigere, weil er dann sich nicht mehr entschuldigen könne, er habe die Lücke für ungefährlich und unbeachtlich gehalten. Solche Rüge hätte er vielmehr auf ihre Begründetheit prüfen müssen, wobei sich das Bedürfnis nach Beseitigung der gefahrvollen Lücke ergeben hätte.

Der Widerspruch, in dem das Berufungsgericht sich bewegt, liegt auf der Hand. Wenn der Beklagte, wie einwandfrei zuerst dargelegt wird, die Lücke, auch wenn er sie bemerkte, für ungefährlich und nicht ausbesserungsbedürftig halten durfte, so ist es ganz gleichgültig, ob er selbst darauf aufmerksam geworden ist oder durch den Ehemann der Klägerin davon erfahren hat. In dem einen wie in dem andern Fall und auch wenn er dem Mieter die erbetene Ausbesserung zugesagt hat, bildete es keine Verletzung der gebotenen Sorgfalt, wenn er mit der Einebnung der unbedeutenden Vertiefung, die sich zudem an einer vom Verkehr kaum berührten Stelle befand, zuwartete, etwa bis noch

andere Ausbesserungen im Hause durch den Maurer nötig wurden. Ob die Sache nicht anders zu beurteilen wäre, wenn der Ehemann der Klägerin dem Beklagten die Lücke als für den Verkehr durch die Hoftüre gefährlich geschildert, deswegen ihre Beseitigung gefordert und Beklagter diese versprochen hätte, kann auf sich beruhen. Denn Klägerin hat eine derartige Behauptung nicht aufgestellt, sondern sich auf die in der Eidesauflage enthaltene Anführung beschränkt. Es ist aber keineswegs selbstverständlich, daß der Mieter, der sich wegen einer geringfügigen Schadhaftigkeit der Mietsache an den Hausverwalter mit der Bitte um Ausbesserung wendet, hiermit den Mangel zugleich als verkehrsgefährlich bezeichnen will, der Verwalter ihn aus der nackten Mitteilung als solchen erkennen muß. Es ist ganz wohl möglich, daß der Ehemann der Klägerin, der erst sechs Wochen vor dem Unfall eingezogen war, sich lediglich dagegen schützen wollte, daß ihm die Beschädigung der Rollschicht zur Last gelegt werde, und daß weder er noch der Beklagte an eine Gefahr gedacht haben, die aus der Vertiefung entstehen könne. Nur so läßt sich auch erklären, daß die Klägerin, wie sie beschworen hat, davon nichts wußte; während es fast nicht denkbar sein würde, daß ihr Ehemann bei dem außerhalb des Hauses wohnenden Beklagten wegen der Gefährlichkeit der Lücke vorstellig geworden sein, seine Angehörigen aber nicht darauf hingewiesen und zur Vorsicht gemahnt haben sollte. Der dem Beklagten zugeschobene Eid ist daher nicht schlüssig und der Schadensersatzanspruch der Klägerin entbehrt der erforderlichen Begründung."

211. Keine Einrede der Rechtskraft, wenn die infolge Meineids der andern Partei im Vorprozeß unterlegene Partei auf Ersatz ihres Schadens klagt (BGB. § 823; ZPO. § 322). Urt. vom 25. Jan. 08, VI 143/07.

„Das Berufungsgericht hat tatsächlich festgestellt, daß der Beklagte in einem Vorprozesse der Parteien zwei Meineide geleistet und hierdurch bewirkt habe, daß die Klägerin damals mit ihrem berechtigten Ersatzanspruche auf 3908 ℳ nebst Zinsen seit dem 1. Oktober 1899 abgewiesen und in die Prozeßkosten verurteilt worden sei. Mit Recht hat es den Beklagten nach BGB. § 823 Abs. 2 verb. mit StGB. § 153 (vgl. hierzu Entsch. des RG. in RGZ. 59, 236 ff.) wie nach BGB. § 826 zum Ersatze dieses durch die Meineide verursachten Schadens für verpflichtet gehalten und demgemäß verurteilt. Die Rüge, daß das Kammergericht durch Nichtbeachtung der Einrede der Rechtskraft materiellrechtlich verstoßen habe, bedarf kaum der Widerlegung, da den Gegenstand des Vorprozesses natürlich noch nicht der durch die in ihm selbst geleisteten Meineide herbeigeführte Schade bilden konnte, sondern im Vorprozesse ein anderer Schade (der durch die vom Berufungsgerichte gleichfalls tatsächlich festgestellte Unterschlagung eines Staatspapiers bewirkte) eingeklagt war."

212. Maß der Sorgfalt bei Auswahl eines Poliers. Überwachung seiner Tätigkeit? (BGB. §§ 823, 831). Urt. vom 13. Jan. 08, VI 98/07.

Die Klägerin ist dadurch verletzt worden, daß eine vor einem Bauplatz von Arbeitern der Baufirma B. & L. unbefestigt an den Bauzaun gelehnte Bretterwand durch einen Windstoß umgeworfen wurde. Sie hat u. a. die Firma B. & L. verklagt, weil der Unfall auf ein Verschulden ihres Poliers zurückzuführen sei. Das Berufungsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Auch die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die dem Berufungsurteile zugrunde liegende Annahme, daß einem tüchtigen und zuverlässigen Polier die Aufstellung eines Bauzaunes zur selbständigen Ausführung anvertraut werden durfte, erscheint rechtlich als ganz unbedenklich. Sie entspricht der allgemeinen, vernünftigen Verkehrsanschauung im Hinblick auf die Dienststellung eines Poliers und die bei einem solchen Angestellten regelmäßig vorauszusetzende Sachkunde und Erfahrung (RGZ.

53, 126 Nr. 32; Urt. des RG. VI 43/03 vom 21. Sept. 03 in Sachen S. gegen W., VI 41/03 vom gleichen Tage in Sachen St. gegen L.). Einer besonderen Anleitung, Instruktion oder Überwachung des Poliers wird es bei derartigen Arbeiten gewöhnlich nicht bedürfen. Daß von den Beklagten L. & B. bei der Auswahl des Poliers H. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet worden ist, wird auch von der Revision an sich nicht in Abrede gezogen. Der Umstand aber, daß es der erste Bau war, den H. als Polier der Beklagten L. & B. zu leiten hatte, gab diesen nicht notwendig Veranlassung, zu einer besonderen Maßnahme der Anweisung oder der Kontrolle. Sie konnten gleichwohl darauf vertrauen, daß der Polier die Arbeiten bei und nach Aufstellung des Bauzaunes sachgemäß besorgen und selbständig auch die zur Verhütung einer Gefahr für das Publikum erforderlichen Sicherheitsmaßregeln vorkehren werde (StGB. § 367 Nr. 14), daß er insbesondere dafür sorgen werde, daß nicht etwa Gegenstände, durch deren Umstürzen jemand beschädigt werden konnte, nach der Straße zu ohne gehörige Befestigung aufgestellt wurden (StGB. § 366 Nr. 8). Allerdings würden die Beklagten L. & B. dafür verantwortlich zu machen sein, wenn die von ihnen dem Polier zur Verfügung gestellte Vorrichtung schon für sich und ohne Rücksicht auf die Art ihrer Verwendung sicherheitsgefährlich gewesen wäre. Allein daß dies bei dem Bauzaune hier der Fall gewesen sei, läßt sich aus dem eigenen Vorbringen der Klägerin nicht entnehmen. Denn danach wäre die Einrichtung, zufolge deren ein Teil der Vorderwand zeitweilig ausgehoben und in der Nähe aufgestellt werden mußte, nur und dann gefahrbringend gewesen, wenn die ausgehobene Bretterwand an der Straße in der Art lose aufgestellt oder angelehnt wurde, daß sie umfallen oder rutschen konnte."

213. **Im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Leitung einer Verrichtung. Keine Haftung des Vermieters aus dem Mietvertrag für Schäden aus einer ihm unbekannten Hinderung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache** (BGB. §§ 823, 831, 278, 536). Urt. vom 16. Jan. 08, VI 273/07.

Das Dienstmädchen des beklagten Hauseigentümers war in den Keller geschickt, um von dort Kartoffeln hinaufzubringen. Dazu sollte sie einen Eimer und ein blechernes Becken benutzen, die unter der Treppe aufbewahrt wurden. Sie nahm nun diese beiden Gegenstände hervor und, während sie mit dem Eimer zu den Kartoffeln ging, stellte sie inzwischen das Becken auf eine der unteren Treppenstufen. Die im selben Hause als Mieterin wohnende Klägerin stieg in dieser Zeit die Treppe hinab, einen schweren Korb mit Wäsche in beiden Händen tragend. Sie trat auf das Becken und kam dadurch zu Fall. Das Berufungsgericht hat ihr Schadensersatz zugesprochen. Auf die Revision ist die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht ist dann auch auf die Frage eingegangen, was der Beklagte zur Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt zu tun hatte, wenn die G. unter den erwähnten Umständen und mit den genannten Geräten Kartoffeln aus dem Keller holen sollte. Da wird nun das entscheidende Gewicht auf die Möglichkeit gelegt, daß die G. bei dieser Gelegenheit einen Gegenstand auf die Treppe stellen und dadurch später Kommende gefährden konnte. Darum wird, solange die Zuverlässigkeit der G. noch nicht erprobt gewesen sei, also solange nicht Sicherheit vor solchem Fehler erlangt sei, vom Beklagten gefordert, daß er die G. habe anweisen und warnen müssen. Und weil der Beklagte das nicht getan hat, wird sein Entlastungsbeweis als mißlungen angesehen. Damit sind die Anforderungen des Verkehrs verkannt. Bei einem auf günstige Zeugnisse hin angenommenen 18jährigen Dienstmädchen war die Herrschaft nicht verpflichtet, bei einer ganz alltäglichen, ungefährlichen Verrichtung es vor jeder möglichen Vergeßlichkeit oder Unvorsichtigkeit zu warnen, die dem Mädchen selbst als solche erkennbar war. Es durfte im Zweifel die

durchschnittliche Einsicht vorausgesetzt werden, daß man auf eine schmale Treppe nicht Dinge hinstellen dürfe, die für andere ein Hindernis bilden mußten. Wenn weiter vom Berufungsgericht betont wird, der G. sei nicht befohlen, jedesmal Licht in den Keller mitzunehmen, so wird außer acht gelassen, daß die Klägerin nicht auf das Becken getreten ist, weil sie es wegen der Dunkelheit nicht sah, sondern weil der von ihr getragene Wäschekorb sie hinderte, auf die Treppenstufen zu sehen. Es kann daher unerörtert bleiben, ob nicht der Beklagte mit Recht eingewendet hat, daß, wenn die Beleuchtung der Treppe notwendig gewesen sei, die Klägerin ein Licht habe mitnehmen müssen.

Hiernach ist, soweit der Anspruch der Klägerin auf BGB. §§ 823, 831 gestützt ist, der Rechtsauffassung des Landgerichts beizutreten.

Die Klägerin hat aber ihren Anspruch zugleich auf den mit dem Beklagten bestehenden Mietvertrag stützen und daraus insbesondere die Folge herleiten wollen, daß der Beklagte ein von der G. begangenes Versehen gemäß BGB. § 278 zu vertreten habe. Die Vorinstanzen haben diesen Klaggrund nicht für gegeben erachtet, die Revisionsbeklagte hat jedoch dagegen Widerspruch erhoben und auszuführen gesucht, daß wenn auch die Verurteilung des Beklagten auf Grund von § 831 nicht zu halten sei, sie doch auf Grund der vertraglichen Haftung des Beklagten bestehen bleiben müsse. Dem steht jedoch zunächst entgegen, daß die Klägerin, die aus eigenem Rechte wegen eines von ihr erlittenen Schadens Ersatz fordert, mit dem Beklagten in keinem Vertragsverhältnisse gestanden hat; denn nach der nicht angefochtenen Feststellung des Berufungsurteils ist nicht die Klägerin, sondern deren Ehemann Mieter der Wohnung gewesen. Dann ist es aber auch richtig, daß die Klägerin nicht behauptet, die Treppe sei nicht in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande gewesen. Der Beklagte hat also nicht seine aus BGB. § 546 folgenden Verpflichtungen unerfüllt gelassen. Der Umstand, daß ein Mitbewohner des Hauses vorübergehend einen den Gebrauch der Treppe hindernden Gegenstand auf diese stellte, konnte den Beklagten verpflichten, gegen diesen Mißbrauch einzuschreiten, aber doch erst dann, wenn er davon Kenntnis hatte oder haben mußte. Die Klägerin hat aber selbst die Sache so dargestellt, daß daraus erhellt, Beklagter habe davon nichts wissen können.

Die vorstehenden Erwägungen führten zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung der Klägerin gegen das Urteil erster Instanz."

214. Schadensersatzanspruch wegen Verbreitung zu günstiger Nachrichten über die Angelegenheiten eines Kaufmanns. Fahrlässige Vermögensbeschädigung? (BGB. §§ 823, 826; StGB. § 263 Abs. 1). Urt. vom 20. Jan. 08, VI 183/07.

„Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz dafür, daß diese zu günstige Nachrichten über den Stand der Angelegenheiten der Firma G. K. zu C., einer Schuldnerin der Klägerin, verbreitet und die letztere dadurch veranlaßt habe, der genannten Firma noch länger Kredit zu gewähren, statt die Forderung von ihr zu einer Zeit beizutreiben, wo dies noch Erfolg gehabt haben würde ... Auch ist es zweifellos, daß ein allgemeiner Schadensersatzanspruch wegen fahrlässiger Vermögensbeschädigung dem Rechte des BGB. fremd ist. Allerdings würde ein Ersatzanspruch wegen vorsätzlicher Schädigung in einem Falle wie dem vorliegenden nicht bloß aus BGB. § 826, sondern auch aus BGB. § 823 Abs. 2 in Verb. mit StGB. § 263 Abs. 1 begründet werden können; aber dadurch wird in der Sache nichts geändert. Die Klägerin hat gemeint, das Berufungsurteil verstoße insofern gegen BGB. § 826, als es nicht beachte, daß arglistiges Verhalten auch schon darin liege, daß man verleitliche Umstände als von einem selbst gewußte mitteile, ohne sie in Wirklichkeit sicher zu wissen. Dieser Satz trifft jedoch nur insoweit zu, als der Mitteilende sich der Unsicherheit seines Wissens selbst bewußt ist ..."

215. Schadensersatzanspruch des Grundeigentümers gegen den Versteigerungsrichter (BGB. § 839). Urt. vom 2. Jan. 08, III 226/07.

„Bei der Zwangsversteigerung der klägerischen Grundstücke wurde im ersten Versteigerungstermin am 22. Dezember 1902 ein Meistgebot von 33 965 ℳ erzielt, und wurden durch Beschluß vom selben Tage die Grundstücke dem Meistbietenden zugeschlagen. Dieser Beschluß wurde von dem Kläger mit der Beschwerde angefochten, und wurde darauf auch durch Beschluß des Landgerichts vom 22. Jan. 03 der Zuschlagsbeschluß aufgehoben, weil er auf mehrfacher Gesetzesverletzung beruhe, insbesondere hinsichtlich mehrerer versteigerter Grundstücke der Versteigerungstermin nicht bekanntgemacht worden sei. Es wurde darauf ein neuer Versteigerungstermin auf den 3. Juni 1903 anberaumt. In diesem wurde nur ein Meistgebot von 22 741 ℳ abgegeben und zu diesem Gebot am 10. Juni 1903 der Zuschlag erteilt. Dieser Zuschlag ist rechtskräftig geworden, und sind infolgedessen 26 Gläubiger des Klägers mit fast 25 000 ℳ ausgefallen. Der Kläger behauptet nun, durch diesen Verlauf der Zwangsvollstreckung folgenden Schaden gehabt zu haben:

1. den Unterschied zwischen den im ersten und zweiten Versteigerungstermin erzielten Erlösen mit 11 234 ℳ;
2. die Zinsen der im ersten Termin gebotenen 33 965 ℳ für die Zeit vom 22. Dezember 1902 bis 10. Juni 1903 mit rund 633 ℳ;
3. die Kosten des zweiten Termins mit 129,50 ℳ;
4. die Kosten für Anfertigung der Beschwerde durch den von ihm beauftragten Rechtsanwalt mit 20,10 ℳ.

Für diesen Schaden will Kläger die beiden Beklagten, welche beide in dem fraglichen Zwangsversteigerungsverfahren als Richter tätig gewesen sind, auf Grund des BGB. § 839 verantwortlich machen.

Den Beklagten zu 1. treffe das Verschulden, daß er den Versteigerungstermin hinsichtlich eines Teils der Grundstücke nicht bekanntgemacht habe, den Beklagten zu 2. außer anderen Versehen, daß er trotz jenes Mangels den Versteigerungstermin abgehalten und den Zuschlag erteilt habe. Nur durch diese Versehen sei das ungünstige Ergebnis des zweiten Termins möglich geworden; denn den Mangel der Rechtsgültigkeit des ersten Termins hätten die Beklagten verschuldet. Die Einlegung der Beschwerde seinerseits schließe den Schadensersatzanspruch nicht aus, da er damit lediglich sein Recht verfolgt habe. Er habe nicht vermuten können, daß der zweite Versteigerungstermin in eine so ungünstige Jahreszeit fallen, und daß die Bieter des ersten Termins durch Versagung des Zuschlags kopfscheu werden und sich vom Bieten abhalten lassen würden, wie dies tatsächlich geschehen sei. Für seinen Schadensanspruch genüge, daß bei ordnungsmäßiger Versteigerung ein Meistgebot von mindestens 33 965 ℳ erzielt worden wäre, und dazu genüge der Nachweis, daß die Grundstücke, wie ein Sachverständiger begutachten werde, mindestens 40 000 ℳ wert seien. Sein Klagantrag geht dahin: 1. ihm 20,10 ℳ (Schadensanspruch zu 4) zu zahlen, 2. die Schadensbeträge zu 1—3 nebst 4% Zinsen seit dem 10. Juni 1903 für seine ausgefallenen Gläubiger zu hinterlegen oder ihn in dieser Höhe von seiner persönlichen Schuld an die ausgefallenen Gläubiger zu befreien.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil es an dem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem Verhalten der Beklagten und dem geltend gemachten Schaden fehle. Der Erfolg sei lediglich durch die eigene Handlung des Klägers, das Einlegen der Beschwerde herbeigeführt, wodurch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Beklagten und dem behaupteten Schaden unterbrochen, sonach allein der Erfolg herbeigeführt sei.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision kann hinsichtlich der Hauptschadensforderungen nicht für begründet erachtet werden. Denn was zunächst die begehrte Differenz zwischen dem Ergebnis des ersten und zweiten Versteigerungstermins anlangt, so ist gar nicht abzusehen, weshalb Kläger das Ergebnis des ersten Termins, das gerade durch sein eigenes Vorgehen beseitigt

ist, jetzt als für sich maßgebend sollte beanspruchen können, auch ganz abgesehen davon, daß es in gesetzlich unzulässiger Weise zustande gekommen ist. Wenn die Revision geltend macht, daß in dieser Beziehung der Anspruch nicht erschöpfend gewürdigt sei, weil der Kläger das Ergebnis des ersten Versteigerungstermins dafür herangezogen habe, daß eine ordnungsmäßige Versteigerung diese Summe gebracht habe, und unter Beweis gestellt habe, daß das Grundstück mindestens 40 000 ℳ wert sei und daß das Ergebnis des zweiten Termins so ungünstig gewesen sei, weil er in eine ungünstige Jahreszeit gefallen, die Bieter durch die Ergebnislosigkeit des ersten Termins auch kopfscheu geworden seien, so ist auch alles dies völlig unerheblich, da Kläger selbst das erste Ergebnis nicht gewollt und selbst beseitigt hat, das zweite Ergebnis aber die Folge einer normalen, dem Gesetze entsprechenden Zwangsversteigerung war, und Kläger auf Mehr überhaupt keinen Anspruch hat. Der zweite Anspruch auf Erstattung der Zinsen der im ersten Termin gebotenen 33965 ℳ für die Zeit vom ersten bis zum zweiten Termin zerfällt schon damit, daß Kläger für diese Zeit den Weiterbesitz und Weitergenuß der Grundstücke gehabt hat, nicht aber Kaufpreis und Sache gleichzeitig nutzen kann, und von einem ihm dadurch entstandenen Schaden um so weniger die Rede sein kann, als Kläger selbst vorgetragen hat, daß er die Beschwerde hauptsächlich deshalb eingelegt habe, um Zeit zu gewinnen und die Zwangsvollstreckung zum Aufschub zu bringen ..."

216. Berücksichtigung des fortschreitenden Alters bei Bemessung von Renten (BGB. § 843). Urt. vom 20. Jan. 08, VI 173/07.

„Es gibt, wie auch der jetzt erkennende Senat in einzelnen Fällen anerkannt hat, Sachlagen, bei denen davon ausgegangen werden darf, daß ein bestimmter Erwerb dem Schadensersatzberechtigten ohne den vom Gegner zu vertretenden Vorgang bis ins hohe Greisenalter möglich gewesen sein würde, und des weiteren solche Fälle, in denen die Beurteilung der künftigen Gestaltung der Dinge zufolge der Einwirkung des fortschreitenden Alters dem Gericht zurzeit nicht oder nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit möglich ist und ihm deshalb auch eine Berücksichtigung jenes Umstandes nicht angesonnen werden kann (vgl. außer den im Berufungsurteile angezogenen: Urt. vom 19. Jan. 05, VI 130/04; vom 19. März 06, VI 287/05; vom 17. Dez. 06, VI 161/06; vom 14. Nov. 07, VI 176/07). In Fällen der letzteren Art ist die Zuerkennung einer Rente ohne zeitliche Begrenzung — auf Lebensdauer — im Hinblick auf BGB. § 843, ZPO. § 287 zweifellos dann rechtlich außer Bedenken, wenn die Möglichkeit, daß ohne den die Haftpflicht begründenden Vorfall eine Aufhebung oder Abnahme der Erwerbsfähigkeit in einem früheren Zeitpunkte eintreten konnte, in dem Betrage der ausgeworfenen Renten Berücksichtigung und einen gewissen Ausgleich gefunden hat. Ein solcher Ausgleich könnte dadurch geschaffen werden, daß die einzelnen Renten um etwas niedriger, als dem Betrage des in der betreffenden Periode dem Verletzten entgehenden Verdienstes angesetzt würden. Er mag aber nach Umständen auch da vorliegen, wenn die durch den Unfall aufgehobene oder geminderte Erwerbsfähigkeit des Verletzten im ganzen als Gegenstand der Ersatzleistung in der Art bewertet ist, daß der gesamte Rentenbezug das nach freier Überzeugung des Gerichts entsprechende Äquivalent für den erlittenen Erwerbsverlust bildet und danach die einzelnen Rentenbeträge innerhalb der Rentendauer nur die auf die einzelnen Jahre verrechneten Teile jener Gesamtvergütung darstellen."

217. Eigentumsstörungsklage nur bei körperlicher Einwirkung. Wer kann sich auf gesetzliche Eigentumsbeschränkung beziehen? (BGB. §§ 906, 1004, 903). Urt. vom 8. Jan. 08, V 186/07.

„Die Eigentumsstörungsklage kann nach BGB. §§ 906, 1004 darauf gestützt werden, daß von dem Grundstücke des Beklagten aus auf das des Klägers eingewirkt wird. Vorausgesetzt dabei ist aber nach der feststehenden

Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. 50, 226; 51, 254; 57, 240), daß die Einwirkungen körperlich, sinnlich wahrnehmbar sind. Der Beklagte hat nach der Behauptung des Klägers dessen Grundstück durch den fraglichen Bau zwar in erheblichem Maße Luft und Licht entzogen. Daß aber durch den Bau, der auf des Beklagten Grundstück errichtet ist, irgendwie körperlich auf das Grundstück des Klägers hinübergegriffen werde, hat dieser nicht behauptet.

Nach BGB. § 903 kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz entgegensteht, mit der Sache nach Belieben verfahren. Unter Gesetz ist jede Rechtsnorm (EGBGB. Art. 2), auch eine Polizeiverordnung, mithin auch die obenerwähnte Wiesbadener Baupolizeiverordnung verstanden. Dies verkennt der Berufungsrichter nicht. Der Beklagte durfte also, wenn die Baupolizeiverordnung den vom Kläger angegebenen Sinn hat, die Remise und das Stallgebäude nicht näher als 5 m von der Grenze des Klägers entfernt und die Mauer nicht höher als 2 m bauen.

Diese gesetzliche Eigentumsbeschränkung kann aber nur derjenige geltend machen, der einen privatrechtlichen Anspruch auf deren Geltendmachung hat. Aus BGB. § 1004 hat der Kläger, dessen Eigentum durch die Nichtbeobachtung dieser Beschränkung nicht gestört ist, einen solchen Anspruch nicht."

218. **Verlangen nach Herstellung der häuslichen Gemeinschaft neben dem Antrag auf Ehescheidung. Vorwurf des Ehebruchs ist nicht notwendig Eheverfehlung** (BGB. §§ 1353, 1568; ZPO. § 615). Urt. vom 30. Jan. 08, IV 294/07.

„Der Revision war der Erfolg zu versagen. Allerdings entbehrt die Annahme des Berufungsgerichts, das Verlangen des Klägers auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft sei nicht ernstlich gemeint, der ausreichenden Begründung. Daß der Kläger in der Berufungsinstanz in erster Linie die Scheidung verlangte, kann hierfür nicht allein entscheidend sein. Der Ehegatte, der zunächst Scheidung verlangt, kann recht wohl ernstlich gesonnen sein, das Eheleben fortzusetzen, falls sein Scheidungsgrund vom Richter verworfen wird. Es hätte daher eines Eingehens auf die individuelle Lage der Sache, insbesondere auch der besonderen Berücksichtigung des Umstandes bedurft, daß schließlich der Kläger nach stattgehabter Beweisaufnahme sein Scheidungsbegehren gänzlich fallen ließ und nur noch die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verlangte (vgl. Entscheidungen des RG. vom 23. Nov. 05 in JW. 06, 22). Sodann erscheint es nicht ohne weiteres gerechtfertigt, wenn das Berufungsgericht annimmt, der Kläger habe durch den im Prozesse fahrlässigerweise erhobenen, objektiv unbegründeten Vorwurf des Ehebruchs gegen sich einen Scheidungsgrund aus BGB. § 1568 geschaffen. Der Kläger hat in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt, als er zur Begründung seines Scheidungsanspruchs jene Prozeßbehauptung aufstellte. Um bei solcher Sachlage eine Eheverfehlung aus BGB. § 1568 annehmen zu können, müssen besondere, sei es aus der Form, sei es aus den Umständen des Falles sich ergebende Momente dargetan sein. Eine bloße Unvorsichtigkeit reicht nicht aus (vgl. Entscheidungen des RG. vom 11. Jan. 04 im Recht 04, 105 Nr. 479)."

219. **Verkehr der Ehefrau mit einem Dritten zwecks späterer Heirat noch während Bestehens der ersten Ehe; ist darin unter allen Umständen ein Scheidungsgrund zu finden?** (BGB. § 1568). Urt. vom 20. Jan. 08, IV 270/07.

„Die Revision bekämpft Verletzung des BGB. § 1568 rügend die Beurteilung, die das festgestellte Verhalten der Klägerin gegenüber dem Architekten F. während des Getrenntlebens der Parteien gefunden hat; sie meint, die Klägerin hätte den F. nicht zu seinem Verhalten ermutigen, ihn überhaupt nicht empfangen dürfen. Der Angriff ist nicht begründet. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte F. schon früher, ehe es zur Eingehung der Ehe der Parteien kam, die Absicht, sich mit der Klägerin zu verehelichen; er hat

diese Absicht auch jetzt, sofern die Ehe der Parteien rechtskräftig geschieden wird. F. hat die Klägerin in der Wohnung ihrer Schwester während des Getrenntlebens der Parteien einige Male getroffen; hierbei hat er wohl einmal die Klägerin geküßt oder den Arm um sie gelegt. Dazu hatte aber die Klägerin den F. nicht ermutigt, sie hat sich vielmehr unter Hinweis darauf, daß sie eine verheiratete Frau sei, den vertraulichen Übergriffen des F. gegenüber abwehrend verhalten. Wenn das Berufungsgericht aus den festgestellten Umständen entnommen hat, daß ein der Klägerin anzurechnendes Verschulden nicht vorliege, so kann diese Annahme als rechtsirrig nicht bezeichnet werden."

220. Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Ehelichkeit eines Kindes (BGB. § 1591). Urt. vom 16. Jan. 08, IV 254/07.

„... Die auf Verletzung des BGB. § 1591 und der ZPO. § 286 gestützten Rügen der Revision sind nicht begründet. Wenn das Berufungsgericht bei Beurteilung des Beweisergebnisses davon ausgegangen ist, es müsse eine offensichtliche, jeden Zweifel ausschließende Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann nachgewiesen werden, so ist dieser Standpunkt nicht rechtsirrig. Der nach BGB. § 1591 Abs. 1 Satz 2 gegen die Ehelichkeit eines Kindes zugelassene Gegenbeweis ist dahin zu erbringen, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß die Ehefrau das Kind von dem Ehemann empfangen habe. Damit ist, wie auch bei den Verhandlungen in der zweiten Kommission hervorgehoben wurde, zum Ausdruck gebracht, daß bei Zulassung und Prüfung des Gegenbeweises auf die Schlüssigkeit mit besonderer Strenge und Vorsicht zu verfahren sei (Mugdan 4, 938) ..."

221. Bedürftigkeit als Grund zum Erlaß einstweiliger Verfügung. Begriff der Bedürftigkeit. Verhältnis des Unterhaltsanspruchs gegen Verwandte zum Anspruch auf Unfallrente (BGB. § 1602; ZPO. § 940). Urt. vom 14. Jan. 08, VII 518/07.

Der Kläger hat in I. und II. Instanz die Verurteilung eines Eisenbahnfiskus zur Zahlung einer Unfallrente und einstweilige Verfügung dahin erlangt, daß ihm der Beklagte bis zur Entscheidung des Hauptprozesses Rente zahle. Der Beklagte hat Revision eingelegt.

Aus den Gründen:

„Es ist der Revision nicht zuzugeben, daß, weil der Kläger noch zu etwa 5000 ℳ zu veräußernde Wertpapiere besitze und einen Unterhaltsanspruch an seine vermögende Mutter habe, Anlaß zu der einstweiligen Verfügung nicht vorliege. Der Kläger ist, wie das Berufungsgericht als glaubhaft gemacht angesehen hat, infolge seines Leidens arbeits- und erwerbsunfähig. Der Besitz der überdies angeblich zurzeit nur mit großen Verlusten zu verkaufenden Wertpapiere reicht, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, nicht aus, Bedürftigkeit des Klägers, der zur Erfüllung dringender Verpflichtungen schon Darlehne aufgenommen hat, auszuschließen. Die Mutter des Klägers ist, wie das Berufungsgericht weiter als glaubhaft ansieht, nicht gewillt, dem Kläger aus freien Stücken Unterhalt zu gewähren. An die gesetzliche Unterhaltspflicht der Mutter aber ist der Kläger nicht zu verweisen, sie tritt nicht ein — BGB. § 1602 — solange der dem Kläger gegen den Beklagten zustehende Anspruch, der ein Vermögensobjekt darstellt, dem Kläger die Möglichkeit gewährt, den Beklagten in Anspruch zu nehmen. Insofern ist die Schadensersatzpflicht des Beklagten zutreffend vom Berufungsgericht als der Unterhaltspflicht der Mutter vorgehend bezeichnet."

222. Klagrecht der Mutter gegen den Vater wegen Mißbrauchs der väterlichen Gewalt (BGB. §§ 1634, 1632, 1354, 1666). Urt. vom 2. Jan. 08, IV 391/07.

Die Klage der Mutter ist auf Herausgabe des gemeinschaftlichen Kindes der Parteien gerichtet.

Aus den Gründen:

„... Die Revision macht geltend, dem BGB. sei der Satz fremd, daß der Vater sein Recht, für das gemeinschaftliche Kind zu sorgen, durch einen der Mutter gegenüber ausgeübten Mißbrauch verliere; sie meint, die Mutter sei darauf beschränkt, unter den Voraussetzungen des BGB. § 1666 den Schutz des Vormundschaftsgerichts anzurufen.

Die Angriffe gehen fehl. Es handelt sich hier nicht um die Interessen des Kindes, zu deren Wahrung das Vormundschaftsgericht im Falle einer Gefährdung nach BGB. § 1666 berufen ist, sondern um den Schutz der gesetzlich anerkannten Interessen der Ehefrau und Mutter in Ansehung des Kindes. Nach BGB. § 1634 hat während der Dauer der Ehe neben dem Vater die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Allerdings bestimmt § 1634 Satz 2 für den Fall, daß zwischen den Eltern über eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Maßnahme Streit obwaltet, daß die Meinung des Vaters vorgeht. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Ehefrau und Mutter eine ihre Rechte kränkende, einen Mißbrauch des Rechtes des Ehemannes und Vaters enthaltende Entscheidung unter allen Umständen hinzunehmen und sich ihr zu unterwerfen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht schon allein aus der Vorschrift des § 1634 der erforderliche Schutz der Ehefrau und Mutter gegen sie kränkende mißbräuchliche Anordnungen des Ehemanns und Vaters hergeleitet werden könnte. Jedenfalls unterliegt die Annahme keinem Bedenken, daß der Grundgedanke der für das eheliche Leben bestimmten allgemeinen Vorschrift des BGB. § 1354 Abs. 2 auch das dem Ehemann als Vater durch § 1634 Satz 2 eingeräumte Entscheidungsrecht beherrscht. Dementsprechend hat der erkennende Senat bereits durch Urt. vom 26. Okt. 03 (RGZ. 55, 419) anerkannt, daß die auf Herausgabe des gemeinschaftlichen Kindes von dem Ehemann gemäß § 1632 belangte Ehefrau einen rechtswirksamen Einwand darauf stützen kann, daß die Entscheidung des Ehemanns über den Aufenthalt des Kindes sich als Mißbrauch seines Rechtes darstelle. Erwägt man, daß nach der Regelung des BGB. das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, ein gemeinschaftliches Recht beider Eltern mit bevorzugter Stellung des Vaters ist, so muß im Interesse eines wirksamen Schutzes der Rechte der Mutter anerkannt werden, daß ihr zur Wahrung ihrer durch mißbräuchliche Anordnungen des Vaters beeinträchtigten Rechte nicht nur eine Einrede gegen die Klage des Vaters, sondern auch eine selbständige Klage gegen den Vater zu gewähren ist."

223. Wettbewerbsverbot in einem vor 1900 abgeschlossenen Dienstvertrage (EGBGB. Art. 171; HGB. § 74). Urt. vom 10. Jan. 08, III 222/07.

„Die Revision rügt zuvörderst Verletzung des EGBGB. Art. 171, indem sie ausführt, auf die Beantwortung der Frage, wie eine den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung widerstreitende übermäßige Beschränkung der gewerblichen Freiheit, die ein vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot enthalte, auf den Bestand des Vertrags einwirke, finde bei Dienstverträgen, die unter der Herrschaft des früheren Rechts abgeschlossen worden seien, dieses Recht Anwendung. Sie beruft sich dafür auf das Urteil des erkennenden Senats vom 24. Febr. 03 in GruchotsBeitr. 47, 999. Dort ist allerdings ausgesprochen, die Beantwortung der Frage, ob ein Dienstvertrag rechtsgültig zur Entstehung gekommen sei, insbesondere ob die Wettbewerbsklausel den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, bleibe von der gemäß jenem Art. 171 stattfindenden Einwirkung des neuen Rechts unberührt. Dem widerspricht indessen auch das angefochtene Urteil nicht, weil es ausdrücklich feststellt, daß in der Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses über den Zeitpunkt hinaus, von dem ab nach Art. 171 das neue Recht für das Vertragsverhältnis maßgebend geworden sei, und in der Beobachtung aller Vertragsbestimmungen, namentlich auch in der Kündigungsfrist, eine Bestätigung des ganzen Vertrages durch beide Parteien liege. Dann war eben durch diese unter der Herrschaft des neuen Rechts

erfolgte Rechtshandlung das Vertragsverhältnis von da ab diesem Rechte unterworfen worden.

Ist hiernach mit Fug das Recht des BGB. angewendet worden, so ist die fernere Beschwerde der Revision gegenstandslos, daß eine Bestätigung des ganzen Vertrages mit Einschluß des Wettbewerbsverbotes in dem einen nebensächlichen Punkt betreffenden Nachtrage vom 20. Juli 94 nicht zu finden sei. Denn die Vorgänge aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. kommen dann für die Anwendung des früheren Rechts ebensowenig in Betracht wie der ursprüngliche Vertragsschluß selbst, da die Rechtslage dann lediglich so zu beurteilen ist, wie sie sich bei einem nach 1. Juli 1900 erfolgten Abschluß des Dienstvertrages dargestellt hätte. Die weitere Beschwerde der Revision aber, wenn das neue Recht anzuwenden wäre, so würde jene die Gültigkeit der Klausel nicht unmittelbar und ausdrücklich betreffende Bestätigung nicht in Anwendung des HGB. § 74 Abs. 3 hindern, geht von einer unzutreffenden Voraussetzung aus. Ist die Gültigkeit des über den 1. Juli 1900 hinaus fortgesetzten Dienstverhältnisses lediglich nach dem neuen Rechte zu beurteilen, und zwar so, wie wenn der Vertrag erst nach diesem Tage abgeschlossen worden wäre, so handelt es sich überhaupt nicht mehr um einen von einem minderjährigen Handlungsgehilfen geschlossenen Dienstvertrag, weil damals der Beklagte längst die Volljährigkeit erreicht hatte, die Voraussetzung für die Anwendung der angezogenen Bestimmung demnach fehlte ..."

224. Sind Vorbereitungsgeschäfte für ein Handelsgewerbe Handelsgeschäfte? Strafversprechen eines Minderkaufmanns. Begriff des Kleinbetriebes (HGB. §§ 343, 1, 4, 348, 351). Urt. vom 14. Jan. 08, II 303/07.

„... Der dritte Angriff, der dahin geht, daß der Beklagte Minderkaufmann sei, und ihm das Recht auf Ermäßigung der Vertragsstrafe ohne genügende Begründung versagt worden sei, führt jedoch zur Aufhebung des Urteils. Es läßt sich nicht beabreden, daß auch die Vorbereitungsgeschäfte zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören, und daß zu diesen Vorbereitungsgeschäften auch der Vertrag zählt, durch welchen sich der Erwerber eines Hotels die Bierlieferungen für dieses erst in Betrieb zu setzende Hotel sichert. So lag aber die Sache hier. Das Versprechen der Vertragsstrafe in dem Bierlieferungs- und Darlehnsvertrag vom 31. Dez. 02 bildete einen Bestandteil des zum Hotelbetrieb notwendigen Vorbereitungsgeschäfts (vgl. Staub, 8. Aufl., § 343 Anm. 14). Eröffnung und Betrieb eines Hotels (mit Gastwirtschaft) erfüllt die Erfordernisse des Betriebes eines Handelsgewerbes nach HGB. § 343. Der Beklagte wurde mit Eröffnung des Hotels Kaufmann nach HGB. § 343 Abs. 1. Seine Geschäfte, einschließlich der Vorbereitungsgeschäfte, sind Handelsgeschäfte i. S. des HGB. § 343 Abs. 1. Noch gewisser ist es, daß der Beklagte die Strafe, welche er lange nach Inbetriebsetzung des Hotels am 16. Okt. 1903 mit der Klägerin ausbedungen hat, als Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen hatte. Der Beklagte bestreitet in dieser Instanz seine Kaufmannseigenschaft nicht, wenn der Berufungsrichter ihn mit Recht nicht als Vertreter der Geschwister K. betrachtet habe, er begehrt aber Herabsetzung der Strafe, weil er nicht Vollkaufmann, sondern Minderkaufmann sei, da sein Hotelbetrieb nur als Kleinbetrieb erachtet werden könne. Ist der Beklagte in der Tat Minderkaufmann, so steht ihm nach HGB. §§ 348, 351, BGB. § 343 ein Anspruch auf Ermäßigung der unstreitig verfallenen Strafe zu; denn der Berufungsrichter führt noch besonders aus, daß die ausbedungene Strafe unverhältnismäßig hoch sei. Darüber, ob der Beklagte Minderkaufmann oder Vollkaufmann ist, entscheidet der Augenblick des Strafversprechens und nicht der Augenblick der Strafverwirkung, wie Klägerin in dieser Instanz geltend macht. Entscheidend über die Eigenschaft des Beklagten als Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist somit nicht der 20. Aug. 1904, d. i. der Tag der Weigerung ferneren Bierbezuges, sondern der 31. Dez. 1902 und der

16. Okt. 1903. An diesem Tage sind die beiden Strafversprechungen gegeben. Der Berufungsrichter hat die vorstehend berührten Punkte einer Erörterung nicht unterzogen; er ermittelt lediglich den Umsatz des Geschäfts des Beklagten, den er als gleichbedeutend mit den Einnahmen aus dem Geschäft erachtet und auf jährlich 38 800 ℳ etwa schätzt. Dieser Umsatz ganz allein schließe — so folgert der Berufungsrichter — die Annahme, daß es sich hier um ein Kleingewerbe handle, völlig aus. Wenn nun auch — so schließt der Berufungsrichter seine Erwägungen — diese Einnahmen vielleicht erst durch die Tätigkeit des Beklagten diese Höhe erreicht haben, so kann doch bei einem Gewerbebetrieb, der auf eine solche Höhe der Einnahmen gesteigert werden kann, von einem Kleingewerbe keine Rede sein.

Der Berufungsrichter verkennt hier den Begriff eines Minderkaufmannes durchaus. Minderkaufleute sind nach HGB. § 4 Abs. 1 Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, d. h. Kleingewerbetreibende des HGB. § 1. Als Kleingewerbe ist damit derjenige Geschäftsbetrieb gekennzeichnet, der nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Entscheidend ist also nicht nur der Umfang, sondern auch die ganze Art des Betriebes. Der Jahresumsatz allein kann daher nicht die Entscheidung geben, ob ein Geschäftsbetrieb als Kleingewerbe anzusehen ist. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich immer in diesem Sinne erklärt (Staub, § 4 Anm. 17 ff.). Gegenteilige Meinungen sind in der Literatur kaum noch zu vernehmen. Die Art des Betriebs hat der Berufungsrichter aber überhaupt nicht erörtert. Er hätte erörtern müssen, ob und welche Bücher geführt wurden (es scheint nach dem angezogenen Gutachten keine Buchführung vorhanden gewesen zu sein), wie groß das Personal des Beklagten war und ferner die ganze Einrichtung und Organisation. Erst hieraus, in Verbindung mit Einnahmen, Ausgaben und Beschaffenheit des Hotels, kann ein Schluß darauf gezogen werden, ob der Beklagte, der als Kellner in den Hotelberuf überging, für seinen einfachen Betrieb die ganz eigentümlichen kaufmännischen Einrichtungen, insbesondere eine kaufmännische Buchführung entbehren konnte.

Gänzlich irrig ist die Ansicht des Berufungsrichters, daß schon die Möglichkeit der Verwandlung eines Kleinbetriebes in einen Betrieb mit so hohen Einnahmen das Vorhandensein eines Kleinbetriebes ausschließe. Durch einen solchen Grundsatz würde gerade die Grenze, die der Gesetzgeber zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann in HGB. § 4 zieht, aufgehoben. Nicht auf die Möglichkeit einer Umwandlung in einen Großbetrieb kommt es an, sondern darauf, ob ein Großbetrieb zur Zeit des Strafversprechens bereits vorhanden war. An einer einwandsfreien Feststellung in dieser Richtung fehlt es aber.

Aus diesen Gründen war das Urteil aufzuheben."

225. Kann ein Einzelkaufmann zugleich unter seinem bürgerlichen Namen und unter seiner Firma verklagt werden? (HGB. § 17). Urt. vom 9. Jan. 08, VI 133/07.

„. . . Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils hat nun aber zwischen den Parteien darüber Einverständnis bestanden, daß Hugo B. der Inhaber der Firma F. W B. ist. Danach ist also ein und dieselbe Person einmal unter dem Namen, unter dem sie im Handel ihre Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (HGB. § 17), und daneben selbständig unter ihrem bürgerlichen Namen verklagt und verurteilt worden. Das ist unzulässig (vgl. die Kommentare zum HGB. von Goldmann, Bd. 1571 Anm. 4 und von Staub, 6./7. Aufl., Anm. 16 zu § 17). Es handelt sich dabei indes um einen bloß formellen Fehler, in Wahrheit ist außer dem Verein C. S. und dem Geschäftsführer St. nur noch eine Person verklagt worden, sie ist bloß, weil sie auch einen Handelsnamen führt, zweimal genannt worden, während es der wahren Sachlage entsprochen hätte, nur einen dritten Beklagten aufzuführen, wobei der Um-

stand, daß die beklagte Person Inhaber der Firma F. W. B. sei, durch einen entsprechenden Vermerk zum Ausdruck gebracht werden konnte. In Übereinstimmung mit dem, was von den beiderseitigen Parteivertretern hierüber in der Revisionsverhandlung ausgeführt worden, ist in dem Revisionsurteil die Bezeichnung der Parteien dementsprechend gestaltet worden ..."

226. Erfordernis deutlicher Unterscheidung einer neuen Firma von einer alten (HGB. § 30). Urt. vom 11. Jan. 08, I 469/06.

Der „Rabattsparverein der vereinigten Geschäftsleute (Klebe-System), Gesellschaft m. b. H. in B.", klagt gegen den am selben Ort bestehenden „Sparverein vereinigter Geschäftsleute zu B., Gesellschaft m. b. H.", auf Löschung der Firma. Das Berufungsgericht hat dem Antrag entsprochen. Die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„In der Sache konnte die Revision keinen Erfolg haben. Sie betont, was die von ihr gerügte Verletzung des HGB. § 30 anlangt, namentlich, daß das angefochtene Urteil, um darzutun, daß die Firma des Beklagten sich von der Firma des Klägers nicht deutlich unterscheide, im wesentlichen auf die Ausführungen des Urteils vom 20. Okt. 04 verweise. In diesem ersten Urteile habe aber das Berufungsgericht nur die Anwendung des UnlW. § 8 rechtfertigen wollen, es unterlasse daher eine neue Würdigung der vorgebrachten Tatsachen in der Richtung, ob die deutliche Unterscheidung der beiden Firmen i. S. des HGB. § 30 fehle. Es ist zuzugeben, daß die Darlegungen in dem ersten Berufungsurteil auf die Anwendbarkeit des UnlW. § 8 abgestellt sind, daß insbesondere dort der Nachweis unternommen wird, der Beklagte habe seine Firma in einer Weise benutzt, welche geeignet sei, Verwechslungen mit der Firma des Klägers hervorzurufen. Zu diesem Zwecke werden jedoch auch Ausführungen über die objektive Möglichkeit der Verwechslung beider Firmen gemacht. Es wird namentlich hingewiesen auf die in beiden Firmen sich findenden gleichen Worte gegenüber den geringen Wortunterschieden, ferner darauf, daß die gleichen Worte gerade die wesentlich in das Auge und Ohr fallenden seien, wogegen die Unterschiede für das Publikum keine erheblichen Unterscheidungsmerkmale böten, endlich darauf, daß schon der bei beiden Firmen vorhandene Zusatz ‚Gesellschaft mit beschränkter Haftung' eine Verwechslung begünstige. Und diese die objektive Verwechslungsmöglichkeit betreffenden Ausführungen sind es offenbar, welche das angefochtene Urteil für die neu getroffene Feststellung verwerten will, daß ‚die von dem Beklagten geführte Firma sich von der an demselben Orte bestehenden und längere Zeit zuvor bereits in das Handelsregister eingetragenen Firma des Klägers nicht deutlich unterscheidet' (HGB. § 30 Abs. 1). Diese Art der Urteilsbegründung kann von der Revision um so weniger mit Erfolg angegriffen werden, als in dem angefochtenen Urteile auf Grund der Bekundungen der vernommenen Zeugen dargelegt wird, daß die beteiligten Kreise, Lieferanten und Kundschaft, die streitenden Vereine infolge der Ähnlichkeit der Firmen verwechselt hätten und daß die große Zahl der Verwechslungen und das wiederholte Vorkommen bis in die letzte Zeit hinein die Annahme nahe lege, die Verwechslungsgefahr werde auch bei richtigem Gebrauche der vollständigen Firmen für ein die erforderliche Aufmerksamkeit beachtendes Publikum vorhanden sein. Richtig ist es freilich, daß das Berufungsgericht diesen letzteren Darlegungen nicht für sich allein ein ‚ausschlaggebendes Gewicht' beilegen will, vielmehr den oben erörterten in seinem ersten Urteil enthaltenen Ausführungen die entscheidende Bedeutung beimißt, unzutreffend ist aber die Aufstellung der Revisionsbegründung, der Berufungsrichter erkläre jene Darlegungen für ‚unerheblich'. Nach allem muß angenommen werden, daß das Berufungsgericht die oben bezeichnete Feststellung auf ausreichende Gründe gestützt hat. Die Feststellung beruht im wesentlichen auf Erwägungen tatsächlicher Natur. In rechtlicher Beziehung war unter besonderer Berücksichtigung des Umstandes, daß es sich

nicht um eine Personenfirma handelt, zu beachten und ist vom Vorderrichter beachtet worden, daß nach der Vorschrift des HGB. § 30 nicht nur eine Unterscheidung zwischen der neuen und der bereits bestehenden Firma, sondern eine deutliche Unterscheidung verlangt wird."

227. Erteilung von Handlungsvollmacht durch schlüssiges Handeln gegenüber dem Dritten (HGB. § 54; BGB. § 167 Abs. 1). Urt. vom 31. Jan. 08, II 478/07.

„Es ist allgemein, insbesondere auch in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts anerkannt, daß eine Vollmacht, besonders eine Handlungsvollmacht (HGB. § 54), auch stillschweigend, durch schlüssige Handlungen erteilt werden kann, und daß die Annahme einer solchen Vollmacht namentlich dann gerechtfertigt ist, wenn sich jemand dritten Personen gegenüber als Bevollmächtigter eines anderen geriert und dieser es in einer Weise geschehen läßt, die im redlichen Rechtsverkehr nur als Erteilung einer entsprechenden Vollmacht aufgefaßt werden kann. Der Inhalt einer solchen stillschweigend erteilten Vollmacht richtet sich dann nach dem hierbei in Betracht kommenden Verhalten des sich als Bevollmächtigten Gerierenden und des in Frage stehenden Vollmachtgebers Dritten, namentlich dem Vertragsgegner gegenüber. Nach diesem Verhalten ist insbesondere die im wesentlichen tatsächliche Frage zu beurteilen, ob eine derartige stillschweigend erteilte Vollmacht als eine allgemeine, sich auf alle Rechtsgeschäfte überhaupt oder als eine sich auf alle Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art oder eines bestimmten Inhalts erstreckende oder ob sie nur als für ein einzelnes Geschäft erteilt anzusehen ist (vgl. ROHG. 10, 142; RGZ. 1, 9; 22, 76; 23, 250; 43, 190/191; 50, 76; SeuffA. 59 Nr. 177 und weitere Urteile des RG. VII 380/05 vom 27. Febr. 06 und VI 284/06 vom 14. März 07).

Von diesen rechtlichen Gesichtspunkten aus sowie auf Grund der von dem Berufungsgerichte mit Recht angewendeten Bestimmung des HGB. § 346 und der von demselben getroffenen tatsächlichen Feststellungen ist aber dessen Annahme, daß O. J. als von dem Beklagten als eingetragenem Inhaber der Firma O. J. & Co. zum Abschluß der streitigen Kaufverträge der Klägerin gegenüber bevollmächtigt zu gelten habe, rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, das Bestehen dieser Vollmacht durch nähere Feststellung des inneren Verhältnisses, das zwischen dem Beklagten und O. J. in bezug auf den Geschäftsbetrieb der genannten Firma in Wirklichkeit vorgelegen hat, eingehender zu begründen; denn in dieser Hinsicht genügt der sich aus den Erwägungen des Berufungsgerichtes ergebende Umstand, daß Klägerin auf Grund des festgestellten Verhaltens, das O. J. und der Beklagte selbst bei früheren Malzbestellungen für die nämliche Firma ihr gegenüber beobachtet hatten, zu der Annahme berechtigt war, daß der Beklagte als eingetragener Inhaber dieser Firma dem O. J. eine allgemeine zeitlich unbeschränkte Vollmacht zum Ankauf des für den Geschäftsbetrieb dieser Firma nötigen Malzes namens derselben erteilt habe. Eines Eingehens auf das zur fraglichen Zeit zwischen dem Beklagten und O. J. in bezug auf den fraglichen Geschäftsbetrieb bestehende innere Verhältnis hat es um so weniger bedurft, als nach BGB. § 167 Abs. 1 die Erteilung einer Vollmacht auch durch Erklärung gegenüber dem Dritten erfolgen kann, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, was nach obigen Ausführungen auch durch stillschweigende Kundgebung des Bevollmächtigungswillens dem Dritten gegenüber geschehen kann.

Hiernach enthält aber auch die Anwendung der dargelegten Grundsätze über die stillschweigende Erteilung einer Vollmacht auf den hier vorliegenden Fall einer Handlungsvollmacht keine Verletzung einer handelsrechtlichen Norm, indem das HGB., insbesondere § 54, keine abweichende Bestimmung enthält, die Erteilung einer Prokura (vgl. HGB. § 48) im gegebenen Falle aber gar nicht in Frage steht."

228. Wettbewerbsverbot nur für einige Artikel der bisherigen Branche (HGB. § 74). Urt. vom 28. Jan. 08, III 321/07.

„Ohne Rechtsirrtum hat ferner das Berufungsgericht angenommen, daß das Wettbewerbsverbot für den Kläger keine unbillige Erschwerung seines Fortkommens i. S. von HGB. § 74 enthalte, weil es ihm vermöge der Beschränkung auf einige wenige Artikel der Stahlwarenbranche, die in der Vertragsurkunde aufgezählt werden, ein genügend großes Tätigkeitsfeld offen lasse, auf dem er in verwandten Geschäftszweigen die Erfahrungen seiner bisherigen kaufmännischen Tätigkeit verwerten konnte. Rechtlich bedenkenfrei ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, daß der gegen HGB. § 75 Abs. 1 verstoßende und deshalb nach der Vorschrift des HGB. § 75 Abs. 3 nichtige Schlußsatz des Wettbewerbsabkommens die Ungültigkeit des ganzen Abkommens nicht zur Folge habe."

229. Einfluß der Kündigung eines mehrjährigen Lieferungsvertrages auf die Provisionsforderung des Handlungsagenten (HGB. § 88). Urt. vom 10. Jan. 08, III 232/07.

„Durch Vermittelung des Klägers, dem als ihrem Handlungsagenten von den später in Konkurs verfallenen N. T.-Werken für alle mit der Kaiserlichen Marine gemachten Geschäfte eine Provision von 3% versprochen war, war zwischen den T.-Werken und dem Bekleidungsamt der abschriftlich bei den Akten befindliche Vertrag vom 8. Febr. 05 geschlossen, nach welchem die T.-Werke die Lieferung des je für ein Jahr im voraus zu bestellenden Bekleidungsmaterials zu bestimmten Preisen übernahm. Der Vertrag wurde bis auf weiteres geschlossen, jedem Teile jedoch eine jährliche Kündigung bis zum 30. September mit der Wirkung vorbehalten, daß der Vertrag alsdann mit Ende März des nächsten Jahres abläuft. Der Vertrag sollte jedoch auch ohne Kündigung spätestens mit dem 31. März 1910 erlöschen. Die T.-Werke gerieten dann am 17. November 1905 in Konkurs. Der Konkursverwalter erklärte dem Bekleidungsamte, daß er den Vertrag fortsetzen wolle, und hat denselben dann auch das Rechnungsjahr 1905/06 und 1906/07 fortgesetzt, um Ende dieses Rechnungsjahres den Vertrag aber rechtzeitig gekündigt.

In dem gegenwärtigen Prozesse hat nun der Kläger außer seiner Provisionsforderung aus den Rechnungsjahren 1905/06 und 1906/07 auch für die Rechnungsjahre 1907—1910 Provisionsforderungen im Betrage von 20825 ℳ auf Grund des HGB. § 88 Abs. 2 eingeklagt, indem er ausführt: Ohne den Konkurs würde die Kündigung des Vertrages nicht erfolgt sein. Der Konkurs sei aber durch Verschulden des Vorstandes der T.-Werke herbeigeführt, welcher mangelhaft disponiert und den Betrieb nicht überwacht habe. Sei aber der Konkurs und damit die Ausführung des Vertrages mit dem Bekleidungsamt durch das Verhalten der T.-Werke herbeigeführt, so könne er, Kläger, nach HGB. § 88 Abs. 2 die Provision für diejenigen Lieferungen beanspruchen, welche das Bekleidungsamt in den Jahren 1907—1910 bestellt und erhalten haben würde.

Die Vorinstanzen haben den Kläger mit diesem Anspruch durch Teilurteil abgewiesen, und die dagegen jetzt eingelegte Revision ist handgreiflich unbegründet. Denn HGB. § 88 behandelt den Fall, daß ein durch einen Agenten abgeschlossenes Geschäft nachträglich nicht ausgeführt wird. Die geltend gemachten Provisionsforderungen betreffen aber Geschäfte, welche, wie das Berufungsgericht bereits zutreffend bemerkt hat, überhaupt nicht zum Abschluß gelangt waren. Für die Jahre 1907—1910 hat ein Vertragsverhältnis zwischen dem Bekleidungsamt und den T.-Werken bzw. dem Beklagten niemals vorgelegen. Der Vertrag vom 5. Febr. 05 statuierte für diese Jahre absolut keine Verpflichtung, da er jedem Teile eine freie, von seinem Belieben abhängige Kündigung offen ließ. Von dieser ist Gebrauch gemacht, ein Vertrag für die Jahre 1907—1910 daher nie abgeschlossen. Daß das vorliegende Rechtsverhältnis nicht mit Geschäften auf Abruf, die einen festen Vertragsschluß voraussetzen, verwechselt werden kann, bedarf keiner Ausführung."

230. Bedeutung der dem Vorstand von der Generalversammlung erteilten Entlastung (HGB. § 260; GenG. § 41 Abs. 3; GmbHG. § 48 Abs. 3). Urt. vom 18. Dez. 07, I 93/07.

„Ein weiterer Angriff der Revision richtet sich dagegen, daß das Berufungsgericht dem Einwand des Beklagten die Beachtung versagt hat, daß alle Ansprüche des Klägers gegen ihn durch die ihm von den Generalversammlungen bis zum Jahre 1903 erteilten Entlastungen ausgeschlossen seien. Auch dieser Angriff ist nicht begründet. Das Reichsgericht hat in gleichmäßiger Rechtsprechung (RGZ. 12, 77; 13, 51; JW. 03, 394 Nr. 26; 05, 697 Nr. 25) daran festgehalten, daß in der von einer Generalversammlung dem Vorstand erteilten Entlastung nicht mehr gelegen ist, als die Erklärung, daß die Generalversammlung aus den ihr gemachten Vorlagen keine Veranlassung zu einer Beanstandung entnimmt, mithin den Vorstand für seine Geschäftsführung insoweit entlastet, als diese aus den der Generalversammlung gemachten Vorlagen erkennbar ist. Auf Statutenwidrigkeiten und Pflichtverletzungen, welche sich aus jenen Vorlagen nicht ergeben, erstreckt sich die Entlastung nicht. Von diesem Standpunkt — der allerdings in der Literatur Widerspruch gefunden hat — abzugehen, besteht keine Veranlassung; er findet seine Berechtigung darin, daß die Entlastung ihrer rechtlichen Natur nach eine Erklärung des Verzichts auf die Beanstandung dessen enthält, was den Genossen durch die ihnen zur Generalversammlung gemachten Vorlagen — hier den Geschäftsbericht, die Bilanz und die Kassenabschlüsse — über die Geschäftsführung erkennbar geworden ist. Was den Generalversammlungen von 1899—1903 an Jahresberichten, Bilanzen und Kassenabschlüssen zur Kenntnis gebracht wurde, steht hier fest; aus diesen Schriftstücken läßt sich, wie das Berufungsgericht hervorhebt, nicht das mindeste dafür entnehmen, daß statutenwidrige Kreditgewährungen stattgefunden hatten. Durch die dem Vorstand jeweilig erteilte Entlastung ist demnach der vom Kläger erhobene Anspruch nicht ausgeschlossen."

231. Verhältnis des HGB. § 314 zu BGB. § 826 (HGB. §§ 314, 260 ff.; BGB. § 826). Urt. vom 13. Jan. 08, VI 123/07.

„Die Revision hält es zu Unrecht für einen Mangel des Berufungsurteils, daß darin nicht die Frage entschieden ist, ob die Beklagten — worunter wiederum die Erblasser der Beklagten zu 1—3 mitverstanden sein sollen — ein Vergehen gegen HGB. § 314 begangen haben und dadurch nach BGB. § 823 Abs. 2 zum Schadensersatz verpflichtet sind.

Zum Tatbestande des § 314 gehört, was die Willensrichtung des Täters anlangt, die wissentlich unwahre Darstellung oder die wissentliche Verschleierung des Vermögensstandes der Aktiengesellschaft, also ein Handeln in der Absicht, diejenigen zu täuschen, für die die Übersicht über den Vermögensstand von ihnen zu geben ist. Soweit diese Absicht auf die Täuschung von Personen abzielt, die der Gesellschaft Kredit gewähren wollen, ist sie — sofern ungünstige Umstände verschwiegen werden — untrennbar von dem Bewußtsein, daß die künftigen Gläubiger durch die Täuschung in ihrem Vermögen geschädigt werden können, und insoweit ist dieser Tatbestand gleich dem BGB. § 826. Denn wie die wissentliche Täuschung derer, die nach § 314 einen Rechtsanspruch auf Wahrheit haben, gegen die guten Sitten verstößt, so fehlt es zugleich nicht an der in § 826 geforderten vorsätzlichen Vermögensschädigung. Aber der Tatbestand des § 314 ist nach der objektiven Seite enger als der des § 826. Das erstere Gesetz wendet sich nur gegen die unwahre Darstellung derjenigen Tatsachen, die nach den handelsrechtlichen Vorschriften (HGB. §§ 260 ff.) durch die Bilanz und die Berichterstattung der Gesellschaftsorgane kundzugeben sind. Nun sind freilich diese Tatsachen stets erheblich für die Beurteilung der Vermögenslage und damit der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft; aber ebenso gewiß ist, daß es Tatsachen gibt, die nach der letzten Richtung hin Bedeutung haben, ohne daß sie in der Bilanz erwähnt werden mußten. Ihre

arglistige Verschweigung kann den Tatbestand des § 826 erfüllen, ohne daß zugleich der besondere Tatbestand des § 314 vorliegt. Darum ist es für die Frage nach der Haftbarkeit der Beklagten nicht erforderlich, zu entscheiden, ob nur der weitere Tatbestand des § 826 vorliegt oder zugleich der engere des § 314 ..."

232. Wirkung der Saldoanerkennung im Kontokorrentverkehr auf Börsentermingeschäfte (HGB. § 355; BörsG. § 66 Abs. 4). Urt. vom 11. Jan. 08, I 251/07.

„Das Oberlandesgericht hat zu dem Prinzipalantrag der Berufung folgendes ausgeführt. Nach dem Urt. des RG. vom 29. Jan. 02, Rep. I 329/01 (JW. 02, 189 Nr. 33), bedeute die Saldierung im Kontokorrentverkehr, wenn die Anerkennung durch den Gegner hinzutrete, eine Leistung zur Erfüllung und zugleich die völlige Abwickelung der vom Kontokorrente der betreffenden Rechnungsperiode umfaßten Geschäfte. Daher greife BörsG. § 66 Abs. 4 ein, wonach das bei völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden könne. Allerdings habe der Beklagte behauptet, daß die Saldoanerkenntnisse durch arglistige Täuschungen erlangt seien. Aber in dieser Weise könne ihre Wirkung nicht beseitigt werden. In solchem Sinne, als Anfechtung nach BGB. § 123, sei die Behauptung in 1. Instanz nicht aufgestellt. Weder im Tatbestande, noch in den Gründen des landgerichtlichen Urteils sei über eine Anfechtungserklärung etwas zu finden. Es hätte auch dargelegt werden müssen, daß die Anfechtung rechtzeitig erklärt und wann die angeblichen Täuschungen entdeckt wurden. Alles dieses habe der Beklagte erst in der Berufungsinstanz nachzubringen versucht. Damit habe er die Widerklage geändert, was nach ZPO. § 527 beim Widerspruch des Gegners unzulässig sei.

Die Revision behauptet, die Ansicht des Berufungsrichters über die Wirkung des Saldoanerkenntnisses sei verfehlt. Diese Ansicht entspricht jedoch der feststehenden Rechtsprechung des erkennenden ‚Senats, gegen die irgend Beachtliches nicht vorgebracht ist."

233. Erfordernis der Rüge bestimmter Mängel; „unverzügliche" (HGB. § 377). Urt. vom 28. Jan. 08, II 413/07.

„Die in HGB. § 377 erforderte Mängelanzeige muß derart sein, daß der Verkäufer in der Lage ist zu erkennen, welcher Mangel oder welche Mängel vorhanden sein und gerügt werden sollen. Eine bloße Erklärung, die Ware sei ‚nicht bedingungsgemäß', genügt dazu regelmäßig ebensowenig wie die Erklärung ‚die Ware werde zur Verfügung gestellt' oder die bloße Erklärung, ein dritter Abnehmer des Käufers beanstande die Ware und nehme sie nicht ab. Die Anzeige muß ferner ‚unverzüglich', d. i. ohne schuldhaftes Zögern geschehen; diesem Erfordernis ist, sofern nicht besondere, vom Käufer darzutuende, hier jedenfalls nicht vorliegende Umstände etwas anderes ergeben, nicht genügt, wenn etwa am 24. Dezember am Bestimmungsort eingetroffene Waren erst am 13. Januar des nächsten Jahres und wenn bis zum 15. Dezember eingetroffene Waren erst etwa am 23. Dezember, unter Angabe der betreffenden, vermeintlichen Mängel, als gesetz- und vertragswidrig gerügt werden."

234. Berechtigung und Verpflichtung des Schiffsführers, vorauszusetzen, daß fremde Schiffe vorschriftsmäßig signalisieren (KaisVO. vom 9. Mai 97 Art. 2, 11, 16). Urt. vom 14. Dez. 07, I 163/07.

„Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hat sich der Zusammenstoß wie folgt zugetragen.

Die ‚Vesta' fischte mit dem Grundnetze, indem sie bei östlichem Winde mit Steuerbordhalsen segelte und auf dem Kurse NO. nur ganz geringen Fortgang hatte. Sie führte die in der KaisVO. vom 10. Mai 97 Art. 1 Abs. 2 unter d 2 vorgeschriebene Laterne mit weißem, ununterbrochenem Lichte über den ganzen

Horizont. Der ‚Adolf Andersen‘ fuhr mit voller Kraft auf dem Kurse WN. Er führte die in der KaisVO. vom 9. Mai 97 Art. 2 vorgeschriebenen Lichter. Auf beiden Schiffen wurden die Lichter des Gegenseglers geraume Zeit vor dem Zusammenstoße in unveränderter Peilung gesichtet. Der Führer des ‚Adolf Andersen‘ erkannte aber nicht, daß er ein mit dem Grundnetze fischendes Fischerfahrzeug vor sich hatte, sondern glaubte das Licht eines vor Anker liegenden Fahrzeuges (Art. 11) oder das Hecklicht eines in gleicher Richtung mit ihm fahrenden Schiffes (Art. 16) zu sehen. Um diesem auszuweichen, änderte er seinen Kurs um 2 Strich nach Steuerbord. Als man dann beim Näherkommen wahrnahm, daß man einen Fischkutter vor sich hatte und nicht frei kam, legte man das Ruder hart an Bord, um noch weiter nach N. abzufallen. Der Zusammenstoß konnte aber nicht mehr verhindert werden, und auch nicht dadurch, daß die ‚Vesta‘ im letzten Augenblicke das an der Leine des Schleppnetzes befestigte Tau loswarf.

In der Beurteilung dieser Vorgänge hat das Oberlandesgericht die Schuld an dem Zusammenstoße ausschließlich der ‚Vesta‘ beigemessen. Diese habe aus der gleichbleibenden Peilung des Toplichtes und der roten Positionslaterne des ‚Adolf Andersen‘ ersehen müssen, daß sich die Schiffe auf kreuzenden Kursen unter Gefahr eines Zusammenstoßes näherten. Daher sei es ihre Pflicht gewesen, nach der Vorschrift der KaisVO. vom 10. Mai 97 Art. 1 Abs. 2 unter d 2 dem ‚Adolf Andersen‘ ein grünes Kunstfeuer zu zeigen. Wäre dies geschehen, so würde man an Bord des ‚Adolf Andersen‘ rechtzeitig erkannt haben, daß man die Steuerbordseite eines mit dem Schleppnetze fischenden Fahrzeuges vor sich habe, und mit Linksruder hinter der ‚Vesta‘ herumgegangen sein. Infolge der Unterlassung dieses Signals habe der ‚Adolf Andersen‘ die Beschaffenheit und die Fahrt der ‚Vesta‘ nicht erkennen können. Er sei daher durch die ‚Vesta‘ irregeführt.

Dieser Beurteilung ist beizutreten. Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch.

Es wird ausgeführt, daß der ‚Adolf Andersen‘, auch wenn er die ‚Vesta‘ nicht als Fischerfahrzeug erkennen konnte, seiner unter allen Umständen bestehenden Ausweichpflicht dadurch nicht in ausreichendem Maße nachgekommen sei, daß er seinen Kurs unter Beibehaltung der Geschwindigkeit bloß um 2 Strich nach Steuerbord geändert habe. Er habe damit rechnen müssen, daß das andere Fahrzeug ein nicht vorauszusehendes Manöver mache, das bei einem so nahen Passieren verhängnisvoll werden konnte.

Richtig ist, daß der ‚Adolf Andersen‘, wenn er an einem vor Anker liegenden Schiffe vorbeifahren oder einen vorauffahrenden Dampfer überholen wollte, diesen Fahrzeugen hätte ausweichen müssen. Das Oberlandesgericht aber hat ausdrücklich festgestellt, daß das Manöver, das der ‚Adolf Andersen‘ vorgenommen hat, völlig ausreichend war, um dieser von ihm ohne Verschulden angenommenen Sachlage zu genügen. Daß sich der ‚Adolf Andersen‘ mit der Kursänderung von 2 Strich dem Fahrzeuge mit dem weißen Lichte, wenn dieses stille lag oder ihm vorauffuhr, in gefährlicher Weise genähert haben würde, ist eine Aufstellung, für die es an tatsächlichen Unterlagen fehlt.

Die auf die Bestimmung der KaisVO. gestützte Ausführung des Oberlandesgerichts, daß der Führer des ‚Adolf Andersen‘ zu der Annahme berechtigt war, das weiße Licht einem ankernden oder einem vorauffahrenden Schiffe zuzuschreiben, und danach sein Verhalten einzurichten, wird dadurch nicht erschüttert, daß der Führer nach seiner Aussage auch überlegt hat, ob es vielleicht ein Fischerfahrzeug sei, und das er dies deswegen nicht angenommen habe, weil es immer in derselben Richtung peilte. Trotz dieser Bekundung bleibt es richtig, daß jedes Mißverständnis ausgeschlossen gewesen wäre, wenn die ‚Vesta‘ das durch positive Vorschrift gebotene Signal gegeben hätte. Und ebensowenig kann diese Bekundung eine Inkulpation des Dampferführers begründen. Wenn er auch vorübergehend an jene Möglichkeit gedacht hat, so war es doch nicht schuldhaft, sondern durchaus berechtigt, wenn er diesen Ge-

danken fallen ließ, als auch bei weiterer Annäherung ein Flackerfeuer nicht aufleuchtete. Denn jeder Schiffsführer ist berechtigt und verpflichtet, vorauszusetzen, daß das fremde Schiff von den vorgeschriebenen Signalen den pflichtmäßigen Gebrauch macht ..."

235. Inwieweit darf das Vermögen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an die Gesellschafter ausgezahlt werden? (GmbHG. § 30 Abs. 1). Urt. vom 28. Dez. 07, I 29/07.

„Das Oberlandesgericht nimmt an, daß der Verkauf des Geschäftsanteils des Beklagten an der G. m. b. H. C. L. an die Familie C., wie ihn die Verträge vom 14. September 1904 darstellten, nur eine zur Verdeckung der wirklichen Absicht der Parteien — dem Beklagten seine Stammeinlagen aus dem Gesellschaftsvermögen zurückzuzahlen — dienende Form war. Es erwägt sodann weiter

‚Trifft dies aber zu, so verstößt die Rückzahlung gegen die Bestimmung des GmbHG. § 30 Abs. 1, da das Stammkapital sich begrifflich aus den einzelnen Stammeinlagen zusammensetzt und danach jede Rückzahlung einer Stammeinlage als solche unmittelbar gegen § 30 Abs. 1 verstößt. Unerheblich ist danach, ob vorliegend etwa trotz Rückzahlung noch so viel Aktivvermögen vorhanden war, daß das Stammkapital unter Heranziehung dieses Aktivvermögens nicht unter den (im Gesellschaftsvertrag festgesetzten) Betrag von 225000 ℳ herabgemindert wurde; denn nach dem Wortlaut des Gesetzes soll die Schmälerung des Stammkapitals verhütet werden, also des im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Sollvermögens, welchem das Aktivvermögen der Gesellschaft als Deckung gegenübersteht'.

Diese Erwägung ist, wie die Revision mit Recht geltend macht, von Rechtsirrtum nicht frei. Das von dem Oberlandesgericht als unerheblich bezeichnete Moment ist gerade das rechtlich entscheidende. Durch § 30 Abs. 1 wird nur die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens verboten. Es muß sich also infolge der Auszahlung das Gesellschaftsvermögen derart mindern, daß der nach Deckung aller Passiven verbleibende Reinbetrag des Gesellschaftsvermögens das Stammkapital nicht mehr deckt (vgl. Staub-Hachenburg, Kommentar § 30 Anm. 2, 3 u. 7). Nun hat Beklagter behauptet und zu Beweis gestellt, daß trotz der an ihn erfolgten Leistungen das reine Aktivvermögen der Gesellschaft noch so groß war, daß es das Stammkapital von 225000 ℳ in vollem Betrage deckte. Er hat dies insbesondere für den Fall geltend gemacht, daß die am 6. November 1904 von C. für die Gesellschaft übernommene Bürgschaft in Höhe von 210000 ℳ als nichtig angesehen werde. Diese Behauptungen sind erheblich. Das Oberlandesgericht durfte ihre Richtigkeit nicht aus dem Grunde dahingestellt lassen, weil es darauf nicht ankomme. Es muß eine Feststellung darüber treffen und daher nötigenfalls Beweis erheben. Ist die Behauptung des Beklagten richtig, so ist ein Fall des § 30 Abs. 1 nicht gegeben."

236. Zusammenstoß eines Möbelwagens mit einem Motorwagen der Straßenbahn; Verschulden des Geschirrführers; keine höhere Gewalt i. S. des HaftpflG. § 1 (HaftpflG. § 1). Urt. vom 30. Jan. 08, VI 385/07.

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind dem D. die Pferde nicht durchgegangen, sondern er ist achtlos darauf losgefahren, ohne sich um die Straßenbahn zu kümmern und hat dadurch den Zusammenstoß mit dem in der Fahrt befindlichen Wagenzug verursacht. Ein Betriebsunfall liegt hier vor, weil der Unfall mit dem Betrieb nicht bloß in örtlichem und zeitlichem, sondern mit der Betriebstätigkeit des Fahrens auch in ursächlichem Zusammenhang stand.

Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten, daß höhere Gewalt hier nicht gegeben ist. Zwar handelt es sich um ein Ereignis, das von außen gewaltsam in den Betrieb der Bahn eingegriffen hat und das wohl auch weder durch eine geschicktere und umsichtigere Leitung der Fahrt durch den Führer des Straßenbahnwagens, noch mit Mitteln, die den wirtschaftlichen Erfolg des Bahnunternehmens nicht ausschlossen, abgewendet werden konnte. Allein eine Ausnahme bilden, wie das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen hat, solche Ereignisse, die mit einer gewissen Häufigkeit wederkehren und bei der Natur des Betriebs unvermeidlich sind, deren Gefahr der Unternehmer daher als Betriebsgefahr zu übernehmen und zu vertreten hat. Dazu gehören bei Eisenbahnen, die ohne Abschließung des Bahnkörpers mit verhältnismäßig großer Geschwindigkeit durch verkehrsreiche Straßen fahren und, weil sie an die Geleise gebunden sind, nicht ausweichen können, Zusammenstöße mit Menschen, Tieren und Gegenständen aller Art, denen die Straße zur Fortbewegung dient, namentlich mit Fahrzeugen, mag den Lenkern der letzteren eine größere oder geringere Fahrlässigkeit dabei zur Last fallen. Bei einem solchen Zusammenstoße ist die Klägerin verunglückt und Beklagte ist mithin verpflichtet, den ihr dadurch erwachsenen Schaden zu vergüten. Der Fall, der dem von der Revision angerufenen Urt. des Senats vom 3. Dez. 06 (RGZ. 64, 404) zugrunde lag, teilt mit dem gegenwärtigen nur die äußerliche Ähnlichkeit, daß die Deichsel des Fuhrwerks in den Straßenbahnwagen eingedrungen ist. Im übrigen und im wesentlichen ist er von ihm ganz verschieden. Dort war der Zusammenstoß ohne jedes menschliche Zutun mit einem Fuhrwerk erfolgt, das von führerlosen, scheugewordenen und in vollem Lauf dahinrasenden Pferden gezogen wurde und stellte einen in seiner Ursache einem elementaren Ereignis gleichkommenden ganz ungewöhnlichen Vorgang dar. Von alledem ist hier, wo nur die Achtlosigkeit und der Leichtsinn eines Kutschers den Zusammenstoß herbeiführten, wie dies, wenn auch nicht mit den gleich schlimmen Folgen, in den Straßen einer Großstadt täglich vorkommt, keine Rede."

287. Verzicht des Eigentümers auf die Ausnutzung einer Eigentümergrundschuld bindet den Verwalter in seinem späteren Konkurse (KO. § 59 Ziff. 1). Urt. vom 11. Jan. 08, VI 174/07.

„Die Klägerin und M. hatten vereinbart, daß sich M. nicht auf eine etwa zur Entstehung gelangte Eigentümergrundschuld berufen dürfe, vielmehr ein Nachrücken der Kaufpreishypothek der Kläger stattfinden sollte. Wäre M. nicht in Konkurs geraten, so hätte er bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks seine Eigentümergrundschuld zum Nachteil der Kläger nicht ausnutzen dürfen. Diese wären dann mit ihrer Kaufpreishypothek in Höhe der hinterlegten Summe zum Zuge gelangt.

An dieser Sachlage ist durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Bauunternehmers M. nichts geändert. Der Konkursverwalter war an die zwischen dem Gemeinschuldner M. und den Klägern abgeschlossene Vereinbarung gebunden. Er durfte die Eigentümergrundschuld zum Nachteil der Kläger gar nicht ausnutzen. Handelte er dieser vertragsmäßigen Unterlassungspflicht des Gemeinschuldners zuwider, so entstand den Klägern aus dieser Handlung des Konkursverwalters ein Anspruch aus KO. § 59 Ziff. 1 (RG. V 437/06). Wenn nun der Konkursverwalter im Verteilungstermin erklärte, daß er, falls die Hypothekenforderung des Beklagten nicht zur Entstehung gelangt und dadurch zur Eigentümergrundschuld geworden wäre, aus dieser keinerlei Rechte für die Konkursmasse herleiten wollte, so überschritt er nicht, wie die Revision meint, seine Befugnisse, sondern erklärte, daß er der vertragsmäßigen Unterlassungspflicht des Gemeinschuldners M. gemäß handeln werde und keine Rechte aus der Eigentümergrundschuld geltend mache. Machte er dieses Recht nicht geltend, so kamen die Kläger mit ihrer Kaufpreishypothek in Höhe der

hinterlegten Summe zum Zuge. Der Beklagte muß also in die Auszahlung dieser Summe nebst Hinterlegungszinsen an die Kläger, wie der Berufungsrichter erkannt hat, einwilligen."

238. Begriff des Umzugsgutes (VO., betr. die Tagegelder, die Fuhrkosten und Umzugskosten der gesandtschaftlichen und Konsularbeamten vom 23. April 1879 §§ 8, 12). Urt. vom 17. Jan. 08, III 249/07.

„Der Kläger ist als Kais. Konsul durch KaisVf. vom 3. Sept. 05 von seinem Amtssitz in S. P. nach J. versetzt worden, hat für den Transport der von S. P. nach J. versandten Gegenstände der häuslichen Einrichtung 653,20 ℳ vom Beklagten erstattet erhalten und fordert weitere 939,30 ℳ Transportkosten für Möbel, die er in Berlin — und zwar nach seiner Behauptung als Ersatzstücke für einen in S. P. veräußerten größeren Teil seiner häuslichen Einrichtung — angeschafft und von Berlin nach J. gesandt hat.

Das Berufungsgericht erachtet diesen Anspruch nach den Bestimmungen der VO., betr. die Tagegelder, die Fuhrkosten und die Umzugskosten der gesandtschaftlichen und Konsularbeamten vom 23. April 79 §§ 8, 12 nicht für begründet, weil das in Berlin angeschaffte Mobiliar vor der Versetzung nicht zur häuslichen Einrichtung des Klägers gehört und auf dem Transport überhaupt noch nicht seine häusliche Einrichtung gebildet habe, daher auch nicht Gegenstand einer Umzugsreise gewesen sei.

Diese Begründung entspricht dem klaren Wortlaut des § 12, welcher bestimmt, daß die etatsmäßig angestellten Beamten in den im § 8 bezeichneten Fällen — also unter anderem bei Versetzungen — für den Umzug von ihrem bisherigen nach dem neuen Wohnorte eine Vergütung der speziellen Umzugskosten erhalten, und zwar:

1. sämtliche Beamte für den Transport (ausschließlich Verpackung und Versicherung) der Gegenstände der häuslichen Einrichtung die wirklich gezahlten Beträge . . .

Der Kläger macht mit der Revision geltend, daß eine enge Wortauslegung dem verständigen Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gerecht werde. Hätte er sein ganzes Mobiliar von S. P. nach J. geschafft, so wären dem Beklagten die höheren Transportkosten für die ganze Strecke von S. P. nach J. zur Last gefallen. Durch die Veräußerung eines Teiles des Mobiliars in S. P. und die Anschaffung von Ersatzstücken seien dem Beklagten Auslagen erspart, er müsse daher folgerecht die Kosten für den Transport der Ersatzstücke für die Teilstrecke Berlin—J. ebenfalls erstatten.

Es ist anzuerkennen, daß die Auslegung des § 12 nach seinem Wortlaut zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Wollte man aber dem Gesetz eine Auslegung geben, nach welcher der Anspruch des Klägers für berechtigt zu erachten wäre, so würde man auf Grund der vom Kläger angestellten Erwägungen mit Notwendigkeit dahin gelangen, auch in dem Falle einen Ersatzanspruch anzuerkennen, in welchem der Beamte seine ganze Einrichtung an dem bisherigen Wohnort verkauft, unterwegs Ersatzstücke anschafft und für deren Transport von dem Anschaffungsort nach dem neuen Wohnort die Kosten erstattet verlangt. In solchem Falle würde aber von einem Umzug von dem bisherigen nach dem neuen Wohnort, den die VO. § 12 zur Voraussetzung des Anspruchs macht (vgl. auch Entsch. des RG. in RGZ. 37, 266 Nr. 67), nicht mehr die Rede sein. Es ist daher nicht möglich, dem § 12 eine von seinem Wortlaut abweichende Auslegung zu geben. Die Unzuträglichkeiten, die sich nicht nur für den Beamten, sondern auch für den Fiskus ergeben können, entspringen daraus, daß die gesetzliche Regelung der Umzugskosten so, wie in der Verordnung geschehen, erfolgt ist."

239. Kann der aus GewUVersG. § 136 in Anspruch genommene Beklagte die Ungültigkeit des nach § 137 daselbst zu fassenden Vorstandsbeschlusses vorschützen, wenn er nicht die Beschlußfassung der Ge-

nossenschaftsversammlung angerufen hatte? Erfordernis der Mitteilung des Vorstandsbeschlusses (GewUVersG. §§ 137, 136). Urt. vom 4. Jan. 08, VI 136/07.

„In der Berufungsinstanz hat der Beklagte eingewendet, daß der nach § 137 GewUVersG. vom 5. Juli 00 erforderliche Beschluß des Vorstandes der Ziegeleiberufsgenossenschaft nicht vorliege. Wie aus den Akten des Vorstandes der Berufsgenossenschaft sich ergebe, seien diejenigen Vorstandsmitglieder, welche für strafrechtliche Verfolgung des Beklagten gestimmt hatten, in die Abstimmungstabelle vorschriftswidrigerweise so eingetragen worden, als ob sie für die zivilrechtliche Regreßnahme gestimmt hätten. Das Berufungsgericht hat den Einwand mit der Erwägung zurückgewiesen, es könne dahingestellt bleiben, ob jener Beschluß auf Grund einer unanfechtbaren Abstimmung zustande gekommen sei oder nicht, da dem als ersatzpflichtig in Anspruch Genommenen nach § 137 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes die Befugnis zugestanden habe, binnen Monatsfrist die Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung anzurufen und mangels Gebrauches dieses Rechtsbehelfs eine Prüfung des Zustandekommens des Beschlusses durch das Gericht als ausgeschlossen erscheine. Eventuell wenn eine Prüfung zulässig sein sollte, erachtet das Berufungsgericht dafür, daß der Beschluß — wie das näher begründet wird — ordnungsmäßig ergangen sei. Die Revision rügt Verletzung des § 137 GewUVersG. Es fehle an einer Feststellung, daß der Beschluß des klägerischen Vorstandes dem Beklagten schriftlich mitgeteilt worden sei. Eine bloße Benachrichtigung, daß der Beschluß ergangen sei, würde nicht genügen. Um prüfen zu können, ob der als ersatzpflichtig in Anspruch Genommene die Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung anrufen will, müsse dieser von dem Beschlusse vollinhaltlich Kenntnis haben. — Diese Rüge konnte keinen Erfolg haben.

Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils ist in der Verhandlung u. a. der wesentliche Inhalt der Akten des Vorstandes der Ziegeleiberufsgenossenschaft (U. R. Nr. 60157) bekanntgegeben worden. Wie aus diesen Akten (Bl. 36 f.) zu entnehmen ist, wurde dem Beklagten seitens des Vorstandes der Berufsgenossenschaft mit Schreiben vom 19. April 04 unter eingehender Darlegung des Sachverhalts mitgeteilt, daß der Genossenschaftsvorstand beschlossen habe, ihn gemäß GewUVersG. § 136 für alle Aufwendungen, welche der Genossenschaft bisher erwachsen seien und noch erwachsen werden, regreßpflichtig zu machen. Daß diese schriftliche Mitteilung dem Beklagten, und zwar früher als einen Monat vor der am 24. Aug. 1904 erfolgten Klagerhebung, zugegangen ist, wurde von dem Beklagten nie bestritten und wird auch von der Revision nicht in Abrede gestellt, es ergibt sich auch mit Sicherheit aus den bei den Akten der Berufsgenossenschaft (Bl. 39, 40) befindlichen Antwortschreiben des Beklagten (auf die Zuschrift des Vorstandes) vom 6. Mai und 11. Mai 04. Ein weiterer Zustellungsnachweis, etwa durch Posteinlieferungsschein (GewUVersG. § 155 Abs. 1), ist bei dieser Sachlage nicht zu erfordern (vgl. Piloty, Unfallversicherungsgesetz, zu § 135, 2. Aufl., S. 320; Trutzner-Keidel, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft § 166 Abs. 2 S. 368). In dem erwähnten Schreiben des Genossenschaftsvorstandes vom 19. April 04 aber ist unbedenklich die Mitteilung des vom Vorstand gefaßten Beschlusses i. S. des § 137 Abs. 1 des Gesetzes zu finden. Daß dem Ersatzpflichtigen die Ausfertigung eines förmlich abgefaßten Beschlusses zugestellt werden müßte, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Wenn nun, wie hiernach für den vorliegenden Fall anzunehmen, dem Ersatzpflichtigen ein Akt des Vorstandes der Berufsgenossenschaft schriftlich mitgeteilt worden ist, der sich formell und inhaltlich als Beschluß, den Ersatzanspruch aus § 136 Abs. 1 Satz 2, 3 geltend zu machen, darstellt, so kann es nicht Sache des Gerichts in dem Rechtsstreite über den Ersatzanspruch sein, den Hergang daraufhin zu prüfen, ob der Beschluß mit Rücksicht auf die internen Vorgänge der Abstimmung statutengemäß und ordnungsmäßig zustandegekommen sei. Vielmehr muß,

nachdem der Beklagte nicht innerhalb der gegebenen Frist die Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung angerufen hat, die durch § 137 Abs. 2 des Gesetzes aufgestellte Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage (RGZ. 62, 430), ohne weiteres als erfüllt gelten."

240. Einrede des auf Schadensersatz Verklagten, der Kläger habe den Unfall im versicherungspflichtigen Betriebe des Beklagten erlitten. Begriff des landwirtschaftlichen Nebenbetriebes (LwUVersG. §§ 146, 151, 176 Abs. 4 Satz 1, Abs. 2). Urt. vom 20. Jan. 08, VI 199/07.

„Die vom Kläger gegen den Beklagten erhobenen Ansprüche sollen einen Teil des ihm aus dem Unfalle erwachsenen Schadens darstellen, der durch die dem Kläger zugesprochene Unfallversicherungsrente nicht gedeckt ist. Die Klage ist nicht gemäß LwUVersG. § 146 gegen den Unternehmer erhoben, in dessen Betriebe der Kläger als darin beschäftigter Arbeiter den Unfall erlitten habe; sie ist gegen den Beklagten als Dritten gerichtet und auf schuldhafte Verursachung des Unfalls und Schadens durch den Beklagten gestützt (§ 151 des Gesetzes); für diese Klage gilt, wie die Revision zutreffend annimmt, die Vorschrift des § 176 Abs. 4 des angezogenen Gesetzes, wonach in gewissem Umfange die Entscheidung der Versicherungsbehörden für die Gerichte bindend ist, nicht. Ungehindert durch eine abweichende Entscheidung der ersteren Behörden darf der in Anspruch genommene Beklagte einredeweise dartun, daß er der Unternehmer sei, in dessen Betriebe der Kläger beschäftigt war, als er den Unfall erlitt. Ist dies dargetan, so hat auf Grund der in dieser Richtung erfolgten Feststellung das Gericht den Anspruch, als nach dem Grundsatze des § 146 ausgeschlossen, abzuweisen. Aber die Beweislast für die Tatsachen, aus denen die Zugehörigkeit des Unfalls und Schadensfalles zu einem versicherungspflichtigen Betriebe des Beklagten sich ergeben müssen, trifft den Beklagten.

Der Beklagte hat nun behauptet, daß er einen Holzhandel betreibe, für den er seine landwirtschaftlichen Arbeitskräfte und Betriebsmittel (Fuhrwerke) verwende und der sich deshalb als landwirtschaftlicher Nebenbetrieb i. S. des LwUVersG. § 1 Abs. 2 darstelle. Das bezeichnete Gesetz führt in der angezogenen Bestimmung Merkmale für den landwirtschaftlichen Nebenbetrieb auf, die als vorzugsweise Beispiele, nicht als notwendige Voraussetzungen eines solchen gelten sollen. Das Berufungsgericht verneint für den gegebenen Fall deren Vorhandensein zutreffenderweise und erörtert alsdann, ob der Beklagte durch andere Tatsachen einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb dargetan habe. Der Handel mit nicht in eigenem Forstbetriebe gewonnenen, sondern mit angekauftem Holze, wie ihn der Beklagte nach eigener Angabe betreibt, steht nach seinem Gegenstand nicht in innerem Zusammenhange mit der Landwirtschaft; ein äußerer Zusammenhang, der gleichwohl die Annahme eines landwirtschaftlichen Nebenbetriebes begründen könnte, würde dadurch gegeben sein können, daß der Handel unternommen wird, um die für die Zwecke der Landwirtschaft gehaltenen Menschen, Pferde, Fuhrwerke besser auszunutzen. Das nimmt auch das Berufungsgericht an; es führt aber weiter aus, daß der Beklagte nicht nachgewiesen habe, daß sein Holzhandel in diesem Sinne von dem Betriebe seiner Landwirtschaft abhängig sei; die von ihm über den Umfang und Umsatz seines Holzhandels gemachten Angaben wiesen über einen Nebenbetrieb hinaus, da er damit nicht je nach dem Überschuß der landwirtschaftlichen Kräfte, sondern nach der jeweiligen Preiskonjunktur sich richte, und damit von selbst gegeben sei, daß er mehr als nur gelegentlich fremde Kräfte für diesen Betrieb in Dienst stellen müsse. Darin ist ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, Tatsachen nachzuweisen, die jene Abhängigkeit als gegeben erscheinen ließen. Diese sind nicht nachgewiesen; ein Befragen nach Maßgabe der ZPO. § 139 war, da der Weg für den zu führenden Beweis durch das reichsgerichtliche Urt. vom 20. Sept. 06 gewiesen war, nicht geboten. Abwegig ist es, wenn die Revision meint, daß, nachdem ein landwirtschaftlicher

Nebenbetrieb verneint worden sei, zu prüfen gewesen wäre, ob nicht ein versicherungspflichtiger Hauptbetrieb des Beklagten vorliege. Denn einen solchen hat der Beklagte niemals behauptet. Nach GewUVersG. § 1 Ziff. 4, auf den der Beklagte jetzt sich stützt, wäre ein gewerbsmäßiger Fuhrwerksbetrieb, die Ausführung von Fuhren gegen Entgelt, um daraus eine dauernde Einnahmequelle sich zu schaffen, darzutun gewesen, von dem im gegebenen Falle überhaupt noch nicht die Rede gewesen ist. Der Holzhandel, den der Beklagte betreibt, fällt als kaufmännischer Betrieb nicht in den Bereich der Unfallversicherungsgesetze. War der Fuhrwerksbetrieb ferner nicht selbständige Einnahmequelle für den Beklagten, sondern nur für die inneren Bedürfnisse des Handelsgewerbes — des Holzhandels — eingerichtet, so kann er zwar nach § 1 Ziff. 7 des bezeichneten Gesetzes zu den versicherten Betrieben zu zählen sein, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Unternehmer als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Das ist offenbar bei dem Beklagten nicht der Fall, sicher aber von ihm mit keinem Worte behauptet."

241. Kein Versäumnisurteil gegen den behauptlich prozeßunfähigen Beklagten (ZPO. §§ 56, 335, 336, 542). Beschl. vom 7. Dez. 07, I B 61/07.

„. . . Gegen den den Erlaß des Versäumnisurteils ablehnenden Beschluß hat der Kläger in gesetzlicher Form und Frist die nach ZPO. §§ 336, 542 zulässige sofortige Beschwerde eingelegt. Er macht geltend, es sei prozessualer Grundsatz, daß jede Partei ihre eigenen Erklärungen gegen sich gelten lassen müsse. Der Prozeßvertreter des Beklagten habe erklärt, daß der Beklagte geisteskrank sei. Ein Geisteskranker sei geschäftsunfähig. Seine Vollmacht sei rechtsungültig. Beklagter sei daher in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht vertreten.

Die Beschwerde ist nicht begründet. Mit der behaupteten Geisteskrankheit wird die Prozeßunfähigkeit des Beklagten geltend gemacht. Diese hatte das Kammergericht von Amts wegen zu prüfen (vgl. ZPO. § 56). Selbst wenn die Partei an ihre Erklärung in dieser Hinsicht gebunden wäre, das Gericht ist es nicht. Für das Kammergericht steht die Geisteskrankheit und damit die Prozeßunfähigkeit des Beklagten nicht fest; es hat über die erstere vielmehr Beweiserhebung angeordnet. Solange die Prozeßunfähigkeit nicht feststeht, muß das Gericht die Partei als prozeßfähig behandeln (vgl. RGZ. 18, 383; 29, 410 ff.). Denn es kann über den Einwand der mangelnden Prozeßfähigkeit nur durch Urteil entscheiden. Übrigens würde, wenn die Prozeßunfähigkeit des Beklagten auf Grund der Erklärungen seines Prozeßvertreters feststände, auch die Klage nicht richtig erhoben sein und hätte abgewiesen werden müssen. Auch aus diesem Grunde erweist sich der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils, durch welches die Berufung gegen das verurteilende Erkenntnis erster Instanz zurückgewiesen wurde, als ungerechtfertigt. Die Kostenentscheidung stützt sich auf ZPO. § 97."

242. Erledigung des Klaganspruchs in der Hauptsache nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils und der Einlegung der Berufung (ZPO. § 99). Beschl. vom 30. Nov. 07, I 24/07.

„. . . Das Reichsgericht hat aber bereits anerkannt, daß in dem Berufungsantrage des mit der Klage abgewiesenen Klägers, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, keine Anfechtung des ersten Urteils in der Sache selbst zu erblicken ist (RGZ. 18, 422). Wiederholt ist daher ein Rechtsmittel des abgewiesenen Klägers für unzulässig erklärt worden, wenn vor Einlegung desselben der Rechtsstreit, wie von ihm anerkannt wurde, in der Hauptsache erledigt war (RGZ. 15, 407; 45, 412; JW. 07, 712 Nr. 22). Als Grund wird in RGZ. 45, 407 zutreffend angegeben, daß nach dem Erlöschen des Anspruchs nicht mehr auf Verurteilung des Beklagten erkannt werden könne. Man kann auch sagen, daß die Abweisung der Klage den Kläger

nicht mehr beschwert, wenn er inzwischen voll befriedigt worden ist; er könnte höchstens geltend machen, daß die Abweisung der Klage zu der Zeit, wo sie ausgesprochen wurde, noch nicht gerechtfertigt war. Anders liegt die Sache in dem umgekehrten Falle, wo der nach der Klage verurteilte Beklagte Berufung einlegt, nachdem inzwischen der Klageanspruch durch Verzicht des Klägers oder in anderer Weise erledigt worden ist, weil dann der Beklagte durch das Bestehenbleiben des ihn verurteilenden und ev. vollstreckbaren Erkenntnisses immer noch in der Hauptsache beschwert bleibt (RGZ. 27, 407; 33, 383). Ebenso ist zutreffend ausgesprochen, daß, wenn in erster Instanz über die anfängliche Rechtmäßigkeit eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung gestritten wurde, eine Erledigung der Hauptsache nicht schon dadurch herbeigeführt wird, daß der Arrest- oder Verfügungskläger, ohne die ursprüngliche Unrechtmäßigkeit anzuerkennen, die Aufhebung des Arrestes, der einstweiligen Verfügung oder der Vollstreckungsmaßnahmen veranlaßt, weil dann noch neben dem Kostenpunkte die Rechtmäßigkeit des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung im Streite bleibt (RGZ. 16, 323; 54, 345).

Diesen Grundsätzen folgend nimmt der Senat an, daß im vorliegenden Falle der Kläger in der Berufungsinstanz einen Antrag zur Hauptsache in beachtlicher Weise nicht gestellt hat, woraus sich ergibt, daß seine Berufung gemäß ZPO. § 99 Abs. 1 mit Recht als unzulässig verworfen ist.

An der früher abweichenden Auffassung des erkennenden Senats, wie sie in dem Urteile RGZ. 15, 424 zum Ausdruck gekommen ist, kann hiernach nicht festgehalten werden."

243. Wann ist das Gericht verpflichtet, die Verhandlung wieder zu eröffnen? (ZPO. §§ 139, 156, 528 Abs. 2). Urt. vom 28. Jan. 08, VII 173/07.

„Eine prozessuale Pflicht zur Wiedereröffnung der geschlossenen mündlichen Verhandlung hätte für das Gericht allerdings bestanden, wenn in der geschlossenen Verhandlung ein unbeachtet gebliebener Anlaß zur Übung der Fragepflicht vorhanden gewesen wäre; das Gericht hatte dann das nachzuholen, was schon in der geschlossenen Verhandlung hätte geschehen müssen (vgl. auch ZPO. § 528 Abs. 2). Ein Fall solcher Art lag aber, wie bereits gezeigt, nicht vor. Im übrigen besteht ein Recht der Partei, die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung zu verlangen, nicht. Sie hat ein Recht, auf Lücken, die in ihrem Vorbringen ersichtlich sind, aufmerksam gemacht zu werden, und zu diesem Zwecke ist das Gericht zutreffendenfalls auch gehalten, eine geschlossene Verhandlung wieder zu eröffnen (§§ 139, 528 Abs. 2 a. a. O.). Die ZPO. hat aber der Partei nicht das Recht gegeben, zu ihrem an sich vollständigen und lückenlosen Vorbringen nach geschlossener Verhandlung noch Behauptungen oder Beweismittel, deren nachträgliche Geltendmachung ihr zweckmäßig erscheint, nachzuschieben und hierzu die Wiedereröffnung der Verhandlung zu fordern. Die Vorschrift der ZPO. § 156, wonach das Gericht die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung anordnen kann, gibt in ihrer allgemeinen Fassung dem Gericht allerdings die Befugnis, diese Anordnung auch in Fällen zu treffen, wo nicht, wie vorhin dargelegt, die Pflicht dazu besteht. In Fällen solcher Art wird sich das Gericht durch billiges Ermessen leiten zu lassen haben. Ein Recht der Partei ist aber aus § 156 nicht zu entnehmen und es kann nicht von einer ihr zur Beschwerde gereichenden Verletzung dieser Vorschrift die Rede sein, wenn das Gericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß kein Anlaß vorliege, von jener Befugnis Gebrauch zu machen."

244. Beglaubigung von Urteilsabschriften bei Zustellung in Anwaltsprozessen (ZPO. §§ 170, 198). Urt. vom 28. Jan. 08, II 477/07.

„Der Gerichtsschreiber hat nur den Verkündigungsvermerk auf dem Urteile, nicht aber dieses selbst zu unterschreiben (ZPO. § 315). Er erteilt Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften der Urteile, und hat die Ausfertigungen

und Auszüge zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen (ZPO. §§ 299 u. 317 Abs. 3); die Ausfertigung besteht demnach in einer vom Gerichtsschreiber beglaubigten Abschrift des Urteils. Abgesehen von der von Amts wegen zu bewirkenden Zustellung (ZPO. § 210), die im vorliegenden Falle nicht in Frage steht, besteht keine Vorschrift, wonach die bloße Abschrift eines Urteils der Beglaubigung des Gerichtsschreibers bedarf. Nun muß allerdings gemäß ZPO. § 191 Ziff. 6 bei der Zustellung entweder eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks übergeben werden, aber in Anwaltsprozessen geschieht die Beglaubigung der Abschrift durch den Anwalt (ZPO. §§ 170, 198). Letzteres ist bezüglich der Zustellung vom 19. Sept. 07 geschehen. Daß das Urteil, das mit Revision angegriffen wird, nur in einer Ausfertigung zugestellt werden dürfe, besagt das Gesetz nicht. Ist hiernach die Zustellung des Berufungsurteils am 19. Sept. 1907 rechtsgültig geschehen, so ist die Zulässigkeit der Revisionseinlegung nicht zu bezweifeln."

245. An wen haben die Zustellungen zu erfolgen, wenn zwar die Vollmachtslosigkeit des Rechtsanwalts gerügt, dieser aber vom Gericht noch nicht zurückgewiesen worden ist? (ZPO. §§ 176, 89). Beschl. vom 30. Nov. 07, I B 56/07.

„Nach ZPO. § 176 müssen Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Wie das Reichsgericht schon in dem Urteile RGZ. 38, 408 dargelegt hat, genügt es nach dem Sinne dieser Vorschrift, wenn ein Anwalt im Prozeß als Bevollmächtigter der Partei aufgetreten ist. Er hat dann so lange als bestellt zu gelten, bis er wegen fehlender Vollmacht vom Gericht zurückgewiesen wird. Allerdings war in dem damals entschiedenen Falle der Mangel der Vollmacht zur Zeit der in Frage stehenden Zustellung noch nicht gerügt, während hier die Klägerin im Termin vom 23. April 1907 eine Rüge ausgesprochen hat. Aber dafür ist hier der Rechtsanwalt H. gemäß ZPO. § 89 einstweilen zur Prozeßführung zugelassen worden. Denn dazu bedurfte es, da die Klägerin nicht widersprach, keines ausdrücklichen Beschlusses; die einstweilige Zulassung war ohne weiteres darin enthalten, daß das Gericht den Anwalt, der trotz der Rüge keine Vollmachtsurkunden vorlegte, nicht sofort zurückwies (vgl. die Kommentare zur ZPO. — § 89 — von Gaupp-Stein, Anm. 6; Seuffert, Bemerkung 1). Nun ist zwar richtig, daß die einstweilige Zulassung im allgemeinen nur einen Schwebezustand zur Folge hat, so daß, wenn der Mangel der Vollmacht endgültig feststeht, der Zugelassene rückwirkend als falsus procurator zu beurteilen ist. Aber die Gegenpartei darf unter diesem Grundsatze nicht leiden. Durch die Zulassung wird dem Gegner das sofortige Versäumnisurteil gegen die Partei versagt; er wird genötigt, den Anwalt, der sich vielleicht später als Nichtbevollmächtigter herausstellt, einstweilen als Bevollmächtigten zu behandeln. Dann aber muß er hierzu auch berechtigt sein. Rücksichten der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit erheischen gleichmäßig, daß der Gegner, solange die Zulassung dauert, den Zugelassenen ebenso behandeln darf, wie wenn die Vollmacht nachgewiesen wäre. Das gilt insbesondere mit Bezug auf die Zustellungen. Wollte man anders entscheiden, so müßte der Gegner sowohl der Partei wie dem einstweilen zugelassenen Anwalt zustellen lassen. Jede dieser beiden Zustellungen unterbliebe auf seine Gefahr; die Zustellung an die Partei wäre nötig für den Fall, daß der Vollmachtsmangel nicht behoben würde, die Zustellung an den Anwalt für den entgegengesetzten Fall. Das kann nicht die Meinung des Gesetzes sein."

246. Verwendung der in einem anderen Prozeß erstatteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen (ZPO. § 286). Urt. vom 17. Dez. 07, III 197/07.

„. . . Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Verwendung der in einem anderen Prozeß abgegebenen Aussagen von Zeugen und

Sachverständigen im Wege des **Urkundenbeweises** als einer Erkenntnisquelle für die Entscheidung zulässig ist (vgl. RGZ. 46 S. 410 ff., 412; 28, 411; 15 S. 335, 342, 343).

Ein Protest der Gegenpartei gegen die an sich zulässige Beweisantretung ist bedeutungslos (vgl. RGZ. 46, 414). Anders liegt die Sache, wenn die Gegenpartei die Vernehmung der im Vorprozeß vernommenen Zeugen oder Sachverständigen beantragt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Verwertung der in einem anderen Prozeß erstatteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen als Urkundenbeweis auf Antrag der beweispflichtigen Partei nur unter der Voraussetzung zulässig, daß von der **Gegenpartei** ein Antrag auf Vernehmung der Zeugen **nicht** gestellt worden ist (vgl. Urt. des RG. in JW. 02, 588; 00, 292 Nr. 3; 97 S. 168, 343 Nr. 9; RGZ. 46 S. 412—414; GruchotsBeitr. 40, 1123; 35 S. 1188, 1189).

Im vorliegenden Rechtsstreit hat aber der Beklagte einen Antrag auf nochmalige Vernehmung der im Vorprozeß vernommenen Zeugen und Sachverständigen nicht gestellt, und das Berufungsgericht stellt überdies fest, daß er keinerlei Angaben gemacht hat, aus denen sich ergeben könnte, daß die Erklärenden nicht zuverlässig oder ihre Erklärungen nicht vollständig gewesen seien. Seine neuen Beweisanträge sind aber vom Berufungsgericht gewürdigt und unter Annahme der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen als unerheblich abgelehnt worden, weil durch diese Tatsachen das Ergebnis der Beweisführung nicht geändert werden würde. Ein Prozeßverstoß liegt hiernach nicht vor . . ."

247. Unterlassen sonst erforderlicher Vereidung eines Zeugen braucht kein prozessualer Verstoß zu sein (ZPO. §§ 286, 385, 393). Urt. vom 25. Jan. 08, V 218/08.

„Die Revision rügt, es hätte der Zeuge gemäß ZPO. § 385 Nr. 4, § 393 Nr. 3 vereidigt werden müssen, weil seine Bekundungen Handlungen beträfen, die er als Vertreter der Klägerinnen vorgenommen habe. Der Berufungsrichter aber erklärt selbst, es hätte der Zeuge aus dem angegebenen Grunde an sich vereidigt werden müssen, jedoch steht er von der Beeidigung des Zeugen deswegen ab, weil er mit Rücksicht auf die verschiedenen gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen sprechenden Tatsachen auch der beschworenen Aussage keinen Glauben beimessen könnte. Eine Verletzung der ZPO. § 286, die von der Revision geltend gemacht wird, ist hierin nicht zu erblicken. Wie die Ablehnung der Vernehmung weiterer Zeugen zulässig ist, wenn der Berufungsrichter auf Grund des bereits vorliegenden Beweismaterials zu einer festen Überzeugung gelangt ist, die nach seiner Darlegung auch durch etwaige entgegenstehende Aussagen anderer Zeugen nicht erschüttert werden könnte, so ist es auch nicht als ein prozessualer Verstoß zu erachten, wenn der Berufungsrichter die an sich erforderliche Beeidigung eines Zeugen deswegen unterläßt, weil nach der Sachlage es ausgeschlossen sei, daß die Beeidigung der Aussage auf seine bereits gewonnene feste Überzeugung irgendwie von Einfluß sein könnte (RG. in JW. 00, 509 Nr. 5)."

248. Compensatio lucri cum damno (ZPO. § 287). Urt. vom 8. Jan. 08, V 240/07.

Der Kläger ist Eigentümer des an der Ecke der B.- und F.-Straße gelegenen Grundstücks Ch. Bd. 18 Nr. 707, die Beklagte Eigentümerin des Grundstücks Ch. Bd. 18 Nr. 708. Beide Grundstücke gehörten früher zur Gesamtbaulandfläche der Architekten E. und B. und als diese einen Teil davon an den Vorbesitzer der Beklagten, den Baumeister G. am 15. Februar 1886 verkauften, wurden in § 10 des Vertrages ausführliche Bestimmungen über eine von G. zwischen dem Restbesitz der Verkäufer anzulegende (12 m breite) Straße und das Anbaurecht des jetzigen Grundstücks Nr. 707 daran getroffen.

Infolgedessen wurde im Grundbuch Abteilung II des G.schen, jetzt der Beklagten gehörigen Grundstücks entsprechender abgekürzter Eintrag zugunsten jenes Rechtsbesitzes gemacht.

Der Kläger erklärt sich nunmehr als in mehrfacher Weise dadurch geschädigt, daß er infolge der im Jahre 1903 erfolgten Anlegung Freilegung der erwähnten, aber nun in einer Breite von 16 m hergestellten Straße (der F.-Straße) einen halbmeterbreiten Grenzstreifen von seinem Vorgartenland unentgeltlich an die Stadt B. habe abtreten müssen, während doch unter allen Umständen die Plangrenzlinie e f nach dem Vertrag die Westgrenze seines Grundstückes hätte bleiben müssen, daß ferner von der Beklagten die Straßenfreilegung um ein halbes Jahr schuldhaft verzögert worden sei.

Aus den Gründen:

„Soweit das Berufungsurteil den Schadensersatzanspruch des Klägers wegen Verzögerung der Straßenanlage aberkennt, ist es vom Revisionskläger nicht angegriffen und bedenkenfrei. Ein vertragsmäßiges (obligatorisches) Band zwischen den Streitsteilen besteht nicht; wie unbestritten und unzweifelhaft, kann sich die ganze Klage nur auf Verletzung des zugunsten des klägerischen Grundstücks eingetragen gewesenen dinglichen Rechtes nach BGB. §§ 1027, 1004, 823; EGBGB. Art. 184; PrEG. § 12 stützen. Das Kammergericht nimmt alle anderen Voraussetzungen dieser Klage hinsichtlich der Entziehung des 0,50 m breiten Grenzstreifens als gegeben an und weist sie nur deshalb ab, weil der dadurch dem Kläger erwachsene Schaden durch den ihm gleichzeitig zukommenden Vorteil, daß er nun an eine 16 m statt 12 m breite Straße zu liegen kam und höher bauen durfte, vollkommen ausgeglichen sei. Hierin kann dem Vorderrichter nicht gefolgt werden. Zwar hatte er auch bei Entscheidung über die Frage, ob nach Abzug des durch das schädigende Ereignis verursachten Nutzens noch ein Vermögensschaden übrigblieb, an sich gemäß ZPO. § 287 das Recht freier Würdigung aller Tatumstände, aber er hat bei seiner Entscheidung, wie die Revision zutreffend geltend macht, den Rechtsgrundsatz verletzt, daß eine Abgleichung von Schaden und Nutzen (compensatio lucri cum damno) nur dann stattfinden darf, wenn der Vorteil aus demselben Ereignisse erwachsen ist, aus dem auch der Schaden entstand (Urt. des RG. 217/06 vom 4. Jan. 07 (JW. 07, 133) und die dort angezogenen Stellen.

Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Das schädigende Ereignis, die Entziehung des 0,50 m breiten Grenzstreifens, hat dem Kläger nur Verlust und Schaden, keinen Gewinn gebracht. Diesen Gewinn verdankt er nur der breiteren Anlegung der F.-Straße, welche Verbreiterung aber, wie im Berufungsurteil selbst anerkannt und festgestellt ist, auch ohne Hinzunahme des erwähnten Streifens ganz auf dem Baulande der Beklagten erfolgen konnte. Es fehlt somit an dem notwendigen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignisse und dem für den Kläger erwachsenen Nutzen. Anders läge die Sache, wenn die Behauptung der Beklagten richtig wäre, daß bei Verlegung der ganzen Straße auf ihr Bauland ihre Baustellen zu schmal geworden wären und sie, die Beklagte, deshalb, wenn sie die Straße nicht so, wie geschehen anlegte, von der Straßenanlegung überhaupt hätte absehen müssen . . ."

249. Zum Begriff des gerichtlichen Geständnisses (ZPO. §§ 288—290). Urt. vom 9. Dez. 07, VI 60/07.

„Die Revision rügt die Verkennung des Rechtsbegriffs des gerichtlichen Geständnisses. Richtig sei zwar, daß für die Rückzahlungsverpflichtung der Zweck des Darlehns gleichgültig sei. Eine andere sei aber die Frage, ob ein Geständnis anzunehmen sei, wenn die klagende Partei Angaben zur Individualisierung des von ihr behaupteten Rechtsgeschäfts mache, und der Beklagte diese bestreite, aber ein gleiches Rechtsgeschäft mit anderer Individualisierung seinerseits vortrage. Damit sei auch der Zweck des Geschäfts Gegenstand der

Parteibehauptungen geworden und Erklärung und Gegenerklärung ergebe, daß die beiden Parteien zwei verschiedene Geschäfte behaupten. Es liege deshalb ein Geständnis überhaupt nicht vor. Wäre die Annahme des Berufungsgerichts rechtlich zutreffend, so sei nicht einzusehen, weshalb das Berufungsgericht nicht auch die beklagte Ehefrau unbedingt verurteilt habe.

Die Revision war nicht für begründet zu erachten.

Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß eine Tatsache nicht schon als zugestanden erachtet werden kann, wenn sie unbestritten geblieben ist, und daß deshalb ein Zugeständnis der von dem Kläger behaupteten Darlehen daraus nicht zu entnehmen ist, daß in der Darstellung des Tatbestandes des landgerichtlichen Urteils die Hingabe dieser Darlehen als unstreitig hingestellt ist. Den Geständnischarakter der Erklärungen der Beklagten entnimmt das Berufungsgericht den in Verbindung mit jenem Nichtbestreiten von ihnen aufgestellten eigenen Behauptungen, die Darlehne, die sie im Jahre 1900 vom Kläger im Betrage von 8000 ℳ — und zwar zu den unstreitigen Zeiten und in den unstreitigen Einzelbeträgen — erhalten hätten, stünden mit ihrem Hausbau in keinem Zusammenhange und seien längst getilgt. Die Erklärungen der Beklagten lassen keinen Zweifel darüber, daß die von dem Kläger behauptete Darlehnshingabe mit der von den Beklagten vorgetragenen identisch ist, und die Behauptungen der beiden Parteien nur in der Angabe des Zweckes, zu welchem die Darlehen gegeben seien, auseinanderlaufen. Beide Parteien meinen dieselben 8000 ℳ, keine behauptet, daß der Kläger den Beklagten zu verschiedenen Zwecken in verschiedenen Beträgen und zu verschiedenen Zeiten Darlehen gegeben habe; ihre beiderseitigen Angaben stimmen nicht nur im Gesamtbetrage, sondern auch in den einzelnen Raten und der Zeit ihrer Hingabe überein; der Zweck der Darlehnshingabe ist aber für den Bestand und für die Identität des Rechtsgeschäfts gleichgültig. Ohne Rechtsirrtum ist deshalb in den eigenen Behauptungen der Beklagten hinsichtlich des Zweckes der in den bestimmten unstreitigen Beträgen in der bestimmten unstreitigen Zeitfolge gegebenen Darlehen ein gerichtliches Geständnis i. S. der ZPO. §§ 288—290 erblickt worden.

Daran ändert es auch nichts, daß das Berufungsgericht in jenen Erklärungen der Beklagten nur ein Geständnis des beklagten Ehemanns ausgedrückt findet, da mit dem Kohlenhandel des letzteren, zu dessen Einrichtung und Betriebe die Darlehen nach der Angabe der Beklagten gegeben worden seien, die Ehefrau wiederum nach den eigenen Erklärungen der Beklagten nichts zu tun gehabt habe. Wenn das Berufungsgericht annimmt, daß das Geständnis, wiewohl die Erklärungen die es darstellen, von beiden Beklagten abgegeben seien, doch nur die Tragweite haben sollte, die in der vorgetragenen Sachlage begründet sei, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden; das Darlehn selbst wird dadurch kein anderes, daß nur einer von zwei Darlehnsempfängern, gegen die die Klage gerichtet ist, die Hingabe zugesteht, während der andere sie bestreitet; immer bleibt es das e i n e Rechtsgeschäft, das zwischen den Parteien allein in Frage steht, um das sich alle Erklärungen drehen ..."

250. Zwischenurteil oder Teilurteil? (ZPO. §§ 301, 303, 304, 545). Urt. vom 13. Nov. 07, V 41/07.

„Die Revision ist für zulässig zu erachten. Der Berufungsrichter erklärt im Eingange seiner Gründe, er halte den für die Zeit vor der Klagerhebung geltend gemachten Schadensersatzanspruch schon jetzt für unbegründet, jedoch könne er nur ein Zwischenurteil, nicht ein Teilurteil erlassen, weil noch nicht feststehe, in welchem Verhältnisse der vom Kläger geforderte Schadensbetrag auf die Zeit vor und auf die Zeit nach der Klagerhebung entfalle, und somit über einen ziffermäßig bestimmten Teil des Klaganspruchs noch nicht entschieden werden könne. Deshalb erläßt der Berufungsrichter das im Tatbestande genannte ‚Zwischenurteil'. Ob dieses Zwischenurteil nach der Meinung des Berufungsrichters ein solches über ein einzelnes selbständiges Angriffs-

oder Verteidigungsmittel i. S. der ZPO. § 303 oder ein solches nach ZPO. § 304 sein soll, wodurch, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, vom Gerichte über den Grund vorabentschieden wird, darüber äußert sich der Berufungsrichter nicht. Letzterenfalls wäre die Revision gemäß ZPO. § 304 Abs. 2 zulässig, während im ersten Falle das Zwischenurteil erst mit dem zu erlassenden Endurteil zugleich angefochten werden könnte. Jedoch kommt es für die Frage der Zulässigkeit der Revision überhaupt nicht darauf an, was für ein Urteil der Berufungsrichter hat erlassen wollen und wie er das Urteil bezeichnet hat, sondern ist maßgebend der tatsächliche Inhalt des Urteils, wie er sich aus der Urteilsformel und der Begründung ergibt (RGZ. 7, 424; 16, 286; 25, 425; 35, 345; 39, 389; 42, 349; 58, 232).

Nach dem Urteilsinhalte aber liegt ein Zwischenurteil gemäß ZPO. § 303 jedenfalls nicht vor; denn es ist bezüglich des Schadensersatzanspruchs für die Zeit vor der Klagerhebung nicht über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel erkannt, sondern der Anspruch selbst nach allen Richtungen für unbegründet erklärt worden. Fragen kann es sich vielmehr nur, ob ein Zwischenurteil nach ZPO. § 304 oder ein Teilurteil tatsächlich erlassen worden ist. Gegen ersteres könnte sprechen, daß ein solches Zwischenurteil nur dann gegeben, wenn der erhobene Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist (RGZ. 16, 312; 17, 350; JW. 99, 535 Nr. 12), während für die Annahme eines Teilurteils geltend zu machen wäre, daß, wenn auch eine Abweisung des Klägers mit einem ziffermäßigen Teilbetrage seiner Forderung nicht ausgesprochen, doch über einen Teil des Klaganspruchs i. S. der ZPO. § 301 endgültig erkannt worden ist (JW. 98, 503 Nr. 10, 571 Nr. 11).

Jedoch kann dahingestellt bleiben, ob ein Zwischenurteil nach § 304, oder ein Teilurteil gemäß ZPO. § 301 vorliegt; denn in beiden Fällen ist die Revision zulässig . . ."

251. Zwischenurteil über eine zum Teil durch Aufrechnung, zum Teil durch Widerklage geltend gemachte Gegenforderung des Beklagten (ZPO. §§ 303, 304, 545, 538 Nr. 3). Urt. vom 3. Jan. 08, II 412/07.

„Nach ZPO. §§ 545 u. 304 Abs. 2 ist die Revision gegen das angefochtene Zwischenurteil überhaupt nur zulässig, wenn und soweit es als Zwischenurteil nach ZPO. § 304 Abs. 1 beurteilt werden kann: sie ist dagegen unzulässig, wenn das Zwischenurteil ein solches nur nach ZPO. § 303 ist. Mit der Schadensersatzforderung des Beklagten, die durch das angefochtene Zwischenurteil dem Grunde nach für berechtigt erklärt ist, war zum Teil gegen die Klagforderung aufgerechnet, zum Teil war sie durch Widerklage geltend gemacht. — Soweit mit ihr aufgerechnet ist, kann nur ein Zwischenurteil nach § 303 vorliegen, da sie als Aufrechnung gegen die Klagforderung nur ein Verteidigungsmittel gegen die Klage und die Entscheidung über ein solches Verteidigungsmittel überall nur Zwischenurteil nach § 303 sein kann. — Ein mit der Revision selbständig anfechtbares Zwischenurteil nach § 304 konnte daher nur zur Widerklage erlassen werden. Voraussetzung eines solchen Zwischenurteils wäre indes die Feststellung, daß die gedachte Schadensersatzforderung, soweit es ihrer Aufrechnung gegen die Klage bedarf, auch der Höhe nach begründet ist und noch zur Widerklage ein Schaden übrigbleibt. Nur dann wäre zur Widerklage die für ein Zwischenurteil nach § 304 Abs. 1 geforderte Entscheidungsreife gegeben. — Die Wirkung eines solchen Zwischenurteils nach § 304 wäre, da der erste Richter die Widerklage abgewiesen hat, daß ZPO. § 538 Nr. 3 zur Widerklage anzuwenden ist. — Im vorliegenden Zwischenurteile hat das Berufungsgericht die Feststellung, die nach obigen Ausführungen zur Entscheidungsreife für ein Zwischenurteil nach § 304 in bezug auf die Widerklage nötig ist, nicht getroffen. Es hat auch die Folge eines solches Zwischenurteils — Zurückverweisung in die I. Instanz nicht ausgesprochen. — Nach dem Zusammenhalte dieser Umstände mit dem übrigen Inhalt der Urteilsgründe muß angenommen werden, daß das Berufungsgericht auch zur Wider-

klage nur ein Zwischenurteil nach § 303 erlassen wollte, und daß das angefochtene Zwischenurteil auch zur Widerklage nur ein solches nach § 303 ist.

Danach war die Revision der Klägerin und Widerbeklagten mit der in ZPO. § 97 Abs. 1 bestimmten Kostenfolge als unzulässig zu verwerfen.

252. **Darüber, ob ein Urteil als ein solches nach § 304 oder nach § 303 ZPO. anzusehen ist, entscheidet der Wille des Gerichtes, das es erlassen hat** (ZPO. §§ 304, 303). Urt. vom 14. Dez. 07, V 63/07.

„... es erscheint prozessual nicht möglich, dem erlassenen Urteil, das von dem erkennenden Gericht unzweideutig als eine Vorabentscheidung i. S. der ZPO. § 304 gewollt ist, nachträglich in höherer Instanz durch Auslegung den Charakter eines gewöhnlichen Zwischenurteils beizulegen und auf Grund dieser Auffassung die Revision als unzulässig zu verwerfen, wie dies der Vertreter des Revisionsbeklagten angeregt hat; vielmehr war gemäß ZPO. § 565, ohne daß es einer Verhandlung über die weiteren, die materiellrechtliche Beurteilung der Sache betreffenden Revisionsangriffe bedurfte, das angefochtene Urteil unter Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz aufzuheben."

253. **Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs bei der Klage aus laufender Geschäftsverbindung; Berücksichtigung der Einrede der Aufrechnung oder Zahlung** (ZPO. § 304). Urt. vom 19. Nov. 07, III 149/07.

„Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ‚die Klagforderung sich als eine einheitliche, als das angebliche Ergebnis der noch ausstehenden Abrechnung der Parteien aus dem Vertragsverhältnisse darstelle'. Von diesem Standpunkte aus lehnt es ab, auf die in der Klage aufgestellten Posten der Klagsumme im einzelnen einzugehen. Darin liegt ein Verstoß gegen die Grundsätze der ZPO. § 304. Ein Vertragsverhältnis wie das vorliegende, wo eine periodische Abrechnung über die gegenseitigen Leistungen der Vertragsteile stattfinden soll, wird allerdings so aufzufassen sein, daß die Parteien in ‚laufender Rechnung' zueinander gestanden haben. Jedoch werden durch ein solches Verhältnis die einzelnen Leistungen und die daraus hervorgehenden Ansprüche nicht ihres selbständigen Charakters als Forderungen entkleidet, wie dies beim echten Kontokorrent der Fall ist. Es kann, soweit nicht ein Anerkenntnis vorliegt, nicht auf das Rechnungsergebnis, den sog. Saldo, geklagt werden, vielmehr muß die Klage die einzelnen Posten darlegen, weil die Einwirkung der Gegenposten nur im Wege der gewöhnlichen Aufrechnung oder Zahlung zustande kommt. Der Grund der Klage ist also der den einzelnen Posten zugrunde liegende Schuldgrund (RGZ. 22, 152; JW. 02, 321 Nr. 50). Dieser muß für jeden einzelnen in der Klage befangenen Anspruch feststehen, wenn das Gericht in einem Urteile nach ZPO. § 304 den ‚Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt' erklären will. Das Berufungsgericht hat nun außer dem auf § 6 des Vertrages gestützten Reingewinnanspruche keinen der mit der Klage verfolgten Ansprüche sachlich geprüft, und schon hieraus ergibt sich die Unzulässigkeit der von ihm getroffenen Entscheidung.

Bei der hiernach gebotenen Aufhebung des Berufungsurteils bedarf es für jetzt keiner eingehenden Erörterung der übrigen von der Revision erhobenen Beschwerden. Denn bei der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits wird das Berufungsgericht von selbst zu prüfen haben, ob die im aufgehobenen Urteile getroffene Auslegung des § 6 des Vertrags dahin, daß unter dem darin gebrauchten Ausdrucke ‚rechnerischer Gewinn' der ‚Reingewinn' zu verstehen sei, gegenüber dem zu dieser Vertragsbestimmung im § 6 aufgestellten Beispiele einer Berechnung des Gewinns aus einer Bierlieferung möglich ist. Und ebenso wird zu prüfen sein, ob in dem Vorbringen des Beklagten, das er auf den von ihm beigebrachten Rechnungsauszug über die gesamte Geschäfts-

verbindung der Parteien (Bl. 75 d. A.) stützt, der Einwand der Aufrechnung oder Zahlung zu finden sei, der auch erledigt sein muß, ehe ein Urteil über den Grund des Klaganspruchs ergehen kann (JW. 06, 115 Nr. 16)."

254. Berücksichtigung des Einwandes, daß der eingeklagte Schaden durch Vorteile ausgeglichen sei, bei der Vorabentscheidung über den Anspruchsgrund (ZPO. § 304). Urt. vom 7. Dez. 07, V 164/07.

„. . . Für den Grund des Anspruchs war allerdings auch die Frage der Ausgleichung durch den Vorteil von Bedeutung (RG. vom 3. Mai 02, 1. ZS., SächsArch. 02, 727 = RGZ. 65, 60; a. M.: Gaupp-Stein Anm. I 2 zu ZPO. § 304; BayObLG. in DJZ. 11, 375). Denn es war dieser Vorteil gleich einer Gegenforderung aufzurechnen, und insoweit die Aufrechnung erfolgte, bestand ein Schadensersatzanspruch nicht (vgl. auch RGZ. 59, 428). Insofern mußte der Berufungsrichter allerdings auch auf die Höhe der Schadensersatzforderung eingehen. Denn gelangte er zu der Feststellung, daß der Vorteil gleich dem Schaden oder gar höher als dieser sei, so hatte er die Klage abzuweisen, weil ein Schadensersatzanspruch auch dem Grunde nach nicht bestand. Deckte aber der Vorteil den Schaden nicht völlig, so mußte sich der Berufungsrichter darauf beschränken, den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären mit einem einschränkenden Zusatze dahin, daß der Schaden aber in Höhe von . . . (1500 ℳ) durch den erwachsenen Vorteil ausgeglichen sei, und mußte er die Sache an die erste Instanz zurückverweisen (vgl. RGZ. 62, 339)."

255. Zwischenurteil über den Grund eines Anspruchs nur bei Streit auch über den Betrag (ZPO. § 304). Urt. vom 20. Jan. 08, VI 206/07.

„Begründet ist dagegen die Rüge der Revision, daß ein Zwischenurteil nach ZPO. § 304 zu dem Punkt e des Klagantrags nicht hätte erlassen werden dürfen. Wie der erkennende Senat in zahlreichen Entscheidungen ausgeführt hat, setzt diese Gesetzesvorschrift für die Erlassung des Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs einen streitigen Betrag voraus; ein Streit über den Betrag kann aber nicht bestehen, wenn überhaupt kein bestimmter Betrag gefordert oder wenigstens behauptet ist."

256. Die Rechtsnachteile aus ZPO. § 379 schließen die Vernehmung eines Sachverständigen nicht schlechthin aus; sie bleiben in Kraft, auch wenn danach Versäumnisurteil ergeht und gegen dasselbe Einspruch eingelegt wird (ZPO. §§ 379, 342). Urt. vom 9. Dez. 07, VI 110/07.

„. . . Die Revision erhebt über dieses Verfahren Beschwerde, allein mit Unrecht. Allerdings ist mit dem von ihr angezogenen Urteile des Reichsgerichts (RGZ. 7, 389) davon auszugehen, daß beim Sachverständigenbeweise der Eintritt der Rechtsnachteile aus ZPO. § 379 nicht schlechthin die Vernehmung des Sachverständigen ausschließt. Dem Gerichte bleibt vielmehr die Befugnis, von Amts wegen die Abhörung eines Sachverständigen anzuordnen. Im vorliegenden Falle hat aber das Berufungsgericht nicht einen abweichenden Standpunkt eingenommen. Es hat lediglich das formelle Recht des Klägers auf die Erhebung dieses Beweises verneint, zugleich aber geprüft, inwiefern sachlich Anlaß sei, noch einen Sachverständigen zu vernehmen. Das ist für entbehrlich erachtet aus Gründen, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassen, auch von der Revision insoweit nicht angefochten sind. Diese hat aber geltend gemacht, das Berufungsgericht habe, nachdem Einspruch eingelegt und ein neuer Verhandlungstermin anberaumt worden sei, vor diesem den Sachverständigen vernehmen müssen, da dies nunmehr ohne Verzögerung des Verfahrens habe ausgeführt werden können, folglich die in § 379 geforderte Voraussetzung für den Ausschluß des Beweises nicht vorgelegen habe. Bei dieser Ausführung wird jedoch verkannt, daß der Erlaß des Versäumnisurteils das Verfahren vorläufig beendete und eine, ein anderes Endurteil vorbereitende Beweiserhebung unzulässig machte. Wurde später Einspruch eingelegt und dieser nach

vorgängiger Verhandlung für unzulässig erachtet, so wurde damit nach ZPO. § 342 der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand, die Rechtsfolgen des § 379 blieben also in Kraft . . ."

257. Annahme von Gratifikationen kann zur Unehre gereichen. Recht zur Zeugnisverweigerung (ZPO. § 384 Nr. 2). Beschl. vom 4. Febr. 08, III B 25/08.

„Dagegen kann dem Zwischenurteil nicht darin beigestimmt werden, daß die Beantwortung dem in Rede stehenden Zeugen nicht zur Unehre gereichen würde i. S. der ZPO. § 384 Nr. 2. Es handelt sich hierbei darum, ob es nach Treu und Glauben im kaufmännischen Verkehre gestattet ist, daß Lieferanten den mit Bestellungen beauftragten Bediensteten eines Bestellers ohne des letzteren Einverständnis Gratifikationen geben. Dies muß aber auf das Entschiedenste verneint werden. Denn es handelt sich hier um ein Gebaren, welches das Vertrauen des Bestellers in die Reellität des abgeschlossenen Geschäfts zu untergraben geeignet ist und den Bediensteten in die Gefahr sofortiger Entlassung bringen kann (vgl. auch ROHG. 13, 184 ff. Nr. 64). Gleichgültig ist es hierbei, ob andere Lieferanten in gleicher Lage anstandslos ausgesagt haben, in welcher Weise Beschwerdeführer die Zuwendungen bezeichnet hat und ob bei den in Frage stehenden Geschäften es allgemein üblich ist, daß man demjenigen, „der das Heft in der Hand habe", ein entsprechendes Geschenk gibt. Es ist daher aus diesem Gesichtspunkte, da die Glaubhaftmachung i. S. von ZPO. § 386 Abs. 1 von selbst gegeben ist, die Zeugnisverweigerung berechtigt, und zwar in ihrem ganzen Umfange, da hierbei auch alle indirekten Tatsachen in Betracht kommen (JW. 94, 589 Nr. 2)."

258. Ablehnung eines Sachverständigen wegen Erstattung eines Privatgutachtens (ZPO. §§ 406, 42). Urt. vom 11. Jan. 08, V B 3/08.

„Auf Beschwerde der Beklagten hatte im ersten Rechtszug das Kammergericht die Ablehnung des Sachverständigen, Professor D., durch die Beklagte für gerechtfertigt erklärt, in der Berufungsinstanz hat es durch den jetzt angefochtenen Beschluß die erneute Ablehnung dieses abermals vom Kläger vorgeschlagenen Sachverständigen verworfen. Hierzu war es befugt und seine Begründung ist zu billigen. Wenn auch grundsätzlich ein Sachverständiger, der, wie im gegebenen Falle Professor D., schon früher einem der Streitteile ein Gutachten gegen Vergütung gefertigt hat, vom Gegner mit Erfolg abgelehnt werden kann, so findet der angefochtene Beschluß doch zutreffend in vorliegender Sache eine Ausnahme deshalb, weil beide Streitteile sich vor Streitbeginn dahin geeinigt hatten, vorerst das Gutachten je eines Sachverständigen zu erholen. Wenn in dieser Weise die Beklagte im voraus ihre Zustimmung zur Erholung des D.schen Gutachtens durch den Kläger und selbstverständlich auch zu dessen Bezahlung gegeben hat, kann sie nicht hinterher aus diesen Tatsachen einen Ablehnungsgrund gegen den Sachverständigen entnehmen. Der in der Beschwerde angeführte neue Ablehnungsgrund, daß nämlich D. auch während des Rechtsstreits dem Kläger eine diesem günstige Auskunft erteilt habe, ist nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit gegen den Genannten zu begründen."

259. Eideszuschiebung über eine innere Tatsache (ZPO. § 445). Urt. vom 18. Nov. 07, V 440/07.

„. . . Der letzterwähnte Revisionsangriff richtet sich aber in seinem Endziel dagegen, daß der Berufungsrichter mit Unrecht die Normierung des den Klägern zugeschobenen Eides für unzulässig erklärt habe. Diese Rüge ist begründet. Der Berufungsrichter hat die Eideszuschiebung deshalb für unzulässig erklärt, weil sie nicht über eine Tatsache, die Gegenstand der Wahrnehmung der Kläger gewesen, sondern über ein Urteil der Kläger erfolgt sei. Dieser Grund würde zutreffend sein, wenn der Eid über das Vorhandensein von

Schwamm in dem fraglichen Hause zugeschoben wäre. Aber das ist nicht der Fall. Der Berufungsrichter hat auf Grund der stattgefundenen Beweisaufnahme das Vorhandensein des Schwammes für festgestellt erachtet. Der Eid ist den Klägern über ihre Kenntnis von dem Vorhandensein des Schwammes zugeschoben. Die Kenntnis aber ist eine Tatsache, die zwar nicht den Gegenstand der äußeren, aber der inneren Wahrnehmung des Schwörenden bildet. Eine Eideszuschiebung über diese Tatsache ist daher nach ZPO. § 445 statthaft (RGZ. 21, 403)."

260. Eideszuschiebung über das richtige Verständnis der „wesentlichen Bedeutung" einer Mitteilung (ZPO. §§ 445, 451, 459). Urt. vom 19. Dez. 07, VI 150/07.

„. . . Mit Recht aber beschwert sich die Revision darüber, daß den Beklagten die von ihnen unternommene Beweisführung abgeschnitten worden sei. Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils hat der Kläger den Beklagten darüber den Eid zugeschoben, ‚daß ihr Erblasser vom Inhalte beider Briefe alsbald nach ihrem Eingange Kenntnis erlangt und sie nach ihrer wesentlichen Bedeutung verstanden habe oder von seinem Sohne hierüber unterrichtet worden sei.' Wenn nun das Berufungsgericht meint, daß der Eid hier lediglich über ein reines Urteil zugeschoben sei, so trifft das keineswegs unbedingt zu. Als Tatsachen i. S. von ZPO. § 445 sind, wie das Berufungsgericht selbst anführt, auch die sogenannten inneren Tatsachen anzusehen, also Seelenvorgänge wie das Wissen oder die Überzeugung, ein Wollen oder eine bestimmte Absicht. Dahin würde an sich auch das Verständnis der Bedeutung einer mündlichen oder schriftlichen Mitteilung gehören — das Wissen oder Erkennen, daß die gesprochenen oder geschriebenen Worte bestimmte äußere oder innere Tatsachen zum Ausdruck bringen. Der Umstand, daß das Verstehen durch Schlußfolgerungen vermittelt wird, schließt es von dem Begriffe der Tatsachen noch nicht aus; auch sonst entsteht ein Tatsachenurteil regelmäßig durch Schlußfolgerung, die freilich bald einfach, bald mehr oder weniger verwickelt ist (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. § 282 Ziff. 21, § 445 Ziff. 1). Das Überzeugtsein oder Nichtüberzeugtsein sodann, über welches die Beklagten Erben nach ZPO. § 459 Abs. 3 den Eid zu leisten hätten, kann nicht noch besonders als ein ‚Urteil' in Betracht kommen. Wäre das, worüber H. sen. als Beklagter selbst im gegebenen Falle zu schwören gehabt hätte, eine Tatsache i. S. von ZPO. § 445, so haben seine jetzt beklagten Rechtsnachfolger den Eid als Überzeugungseid zu leisten, obschon ihnen dabei der Gesetzesvorschrift (§ 459c) zufolge noch eine weitere Gedankenoperation zugemutet wird. Und es wäre in diesem Falle auch nicht, wie der Berufungsrichter anzunehmen scheint, von dem Kläger die Angabe von Erkenntnisquellen, wie von Handlungen oder Äußerungen des Erblassers, aus denen die schwurpflichtigen Erben mittels Prüfung und Erkundigung eine Überzeugung gewinnen könnten, zu verlangen.

Nun würde freilich der Eid in der Weise, wie er hier den Beklagten zugeschoben ist, diesen nicht ungeändert auferlegt werden können — er hätte in solcher Form auch dem H. sen. selbst nicht angesonnen werden dürfen. Denn das Verständnis der fraglichen Mitteilung ‚nach ihrer wesentlichen Bedeutung' stellt allerdings nicht eine einfache Tatsache dar, vielmehr würde hierbei von dem Schwurpflichtigen ein Urteil darüber erfordert, welche der mitgeteilten Tatsachen in Hinsicht auf die Begründung des Klaganspruchs wesentlich, rechtlich erheblich seien, und daß die dazu nötigen juristischen oder sonstigen Sätze und Begriffe den Schwurpflichtigen bekannt und geläufig seien, war hier nicht vorauszusetzen. Allein daraus ergab sich doch nicht, daß die Eideszuschiebung ohne weiteres als unzulässig zurückzuweisen sei, sondern zunächst nur die Notwendigkeit einer Auflösung des Eidesthemas in seine rein tatsächlichen Elemente. Das Revisionsgericht hatte bei der in dem Urteile vom 15. Juni 05 gegebenen Andeutung, nach Maßgabe deren nunmehr vom

Kläger ein Eid zugeschoben worden ist, keine Veranlassung, die ‚wesentliche Bedeutung' des Inhalts der beiden Briefe ausdrücklich und des näheren zu umschreiben. Sache des Berufungsgerichts dagegen wäre es gewesen, zum Zwecke der Normierung eines Eides über bestimmte Tatsachen (ZPO. § 451) auf Klarstellung und Ergänzung der Eideszuschiebung mit Rücksicht auf ihre konkrete tatsächliche Grundlage hinzuwirken. Die im Berufungsurteile angestellte Erwägung, daß und weshalb zur Ausübung des Fragerechts kein Anlaß vorgelegen habe, geht nach einer anderen Richtung und paßt hierher nicht. Das, was der Kläger mit der wesentlichen Bedeutung der Briefe sagen wollte, mochte überdies aus dem gesamten Klagevorbringen ohnehin zu entnehmen sein; und das Berufungsgericht selbst hat denn auch in seinen Gründen diejenigen Momente, auf welche es hier wesentlich ankommen würde, zutreffend angeführt. H. sen. müßte aus den ihm vom Kläger zugegangenen Schriftstücken entnommen haben, daß K. auf den Namen des Schwiegervaters einen Wechsel und einen Garantieschein gefälscht, daß der Kläger daraufhin dem K. anfangs nur einen Teil des zugesagten Geldbetrages gegeben habe, aber bereit sei, ihm noch mehr Geld zu geben, zumal wenn er den verlangten zweiten Garantieschein erhalte, daß der Kläger in dem Irrtum über die Echtheit der Unterschriften befangen sei und sich, wenn ihm keine Aufklärung zuteil wurde, darauf verlassen würde, die Sache sei in Ordnung, daß er schließlich nach Empfang eines zweiten von K. gleichfalls gefälschten Bürgschaftsscheines in der Meinung, H. sen. habe sich unterschriftlich verpflichtet, verharre. Wird unterstellt, daß H. sen. diese Tatsachen aus den ihm übersandten Schriftstücken erkannt habe, so wäre von dieser Grundlage aus weiter zu prüfen, ob er sich dessen bewußt geworden ist, daß durch sein Verhalten dem Kläger ein Vermögensschaden zugefügt werden, daß durch eine Aufklärung des Klägers weiterer Schaden verhütet oder etwa der schon eingetretene Schaden noch beseitigt werden könnte . . ."

261. Genügende Bezeichnung des angefochtenen Urteils in der Berufungsschrift (ZPO. § 518). Urt. vom 30. Jan. 08, VI 540/07.

„Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers für unzulässig angesehen, weil in der dem Anwalt des Beklagten zum Zwecke der Zustellung übergebenen Abschrift der Berufungsschrift das Urteil, gegen das sich die Berufung richtete, nicht bezeichnet sei. Dem hat nicht beigepflichtet werden können.

Allerdings müßte, obwohl die Urschrift und die dem Oberlandesgericht überreichte Abschrift der Berufungsschrift den gesetzlichen Formvorschriften unzweifelhaft entsprach, das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden, dafern die dem erstinstanzlichen Anwalt des Beklagten zum Zwecke der Zustellung übergebene Abschrift infolge der mangelhaften Ausfüllung des dazu verwendeten Formulars, als ungenügend anzusehen wäre (RGZ. 55, 308). Das ist indes nicht anzunehmen. Sie enthielt die in der ZPO. § 518 Abs. 2 Nr. 2 u. 3 geforderte Erklärung und Ladung; in Frage kommt also, wie auch die Vorinstanz annimmt, nur, ob durch die in der Abschrift enthaltenen Angaben trotz den Lücken, die sie aufwies, das Urteil, gegen das die Berufung gerichtet wurde, ausreichend bezeichnet war. Insoweit ist entscheidend, ob nach dem, was die Abschrift enthielt, für den Berufungsbeklagten ein begründeter Zweifel darüber, welches Urteil angefochten werden sollte, bestehen konnte oder nicht, und es war dies nach den Umständen des gegebenen Falles zu beurteilen (vgl. JW. 83, 37 Nr. 13; 85, 184 Nr. 12; auch 07, 678 Nr. 19). Die Abschrift enthielt nun auf der ersten Seite zunächst folgende Angaben:

Berufungsschrift in Sachen des Kellners Franz F. in C., Klägers und Berufungsklägers (Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. F. in D.) wider den Wirt Josef L. in S., Beklagten und Berufungsbeklagten (Vertreter I. Instanz, Rechtsanwalt Dr. P.) wegen Schadensersatz.

Hierdurch war der Prozeß, in dem Berufung eingelegt wurde, in einer

jeden Zweifel ausschließenden Weise gekennzeichnet, wenn zwischen den Parteien ein weiterer Prozeß wegen Schadensersatz, in dem der Beklagte in erster Instanz durch den Rechtsanwalt Dr. P. vertreten war, nicht anhängig war. Daß zwischen den Parteien ein weiterer Prozeß, als der jetzt in Frage stehende, überhaupt geführt worden sei, ist nicht festgestellt, auch nicht behauptet oder sonst erkennbar, es darf deshalb davon ausgegangen werden, daß dies nicht der Fall gewesen sei. Dann konnte für den Anwalt des Beklagten auch kein Zweifel darüber bestehen, daß die in dem Texte der Berufungsschrift enthaltene Erklärung des Klägers, er lege gegen das Urteil des Kgl. Landgerichts Berufung ein, sich auf ein Urteil des Kgl. Landgerichts zu D. beziehe, weil eben durch die Bezeichnung der Parteien und ihrer Parteirolle der Prozeß, um den es sich handelte, klargestellt und dieser Prozeß bei dem Landgerichte D. anhängig war."

262. Mangelhafte Angabe eines Revisionsgrundes (ZPO. § 542 Nr. 2a). Urt. vom 2. Jan. 08, I 148/07.

„. . . Die Revisionsbegründung sagt sodann:

‚Im übrigen wird die Auslegung des § 2 . . . durch die Vorderrichter aus den in den Vorinstanzen angeführten Gründen für rechtsirrig erachtet.‘

Das ist keine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Angabe eines Revisionsgrundes . . ."

263. Revision gegen ein Läuterungsurteil (ZPO. §§ 545, 462, 469). Urt. vom 23. Dez. 07, VI 163/07.

„. . . Ein Läuterungsurteil ist der Revision nur in den Grenzen zugänglich, die der Verhandlung und dem Verfahren zur Läuterung eines bedingten Endurteils gesteckt sind; eine Revisionsrüge ist daher nur dahin möglich, daß entweder der Eid zu Unrecht als geleistet oder verweigert angesehen worden sei, oder daß die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides unrichtig gezogen seien, oder endlich, daß die Bestimmung in ZPO. § 469 durch falsche Anwendung oder durch Nichtanwendung verletzt sei, sei es daß eine hiernach zulässige Änderung der Eidesnorm versagt oder eine hiernach unzulässige Änderung vorgenommen würde . . ."

264. Kann eine zulässig eingelegte Berufung nachträglich unzulässig werden? (ZPO. § 547 Nr. 1). Urt. vom 24. Jan. 08, II 421/07.

„Da die Revisionssumme zweifelsohne nicht vorliegt, so könnte die Revision nur stattfinden, insoweit es sich um Unzulässigkeit der Berufung handelt (ZPO. § 547 Nr. 1). Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts handelt es sich um Unzulässigkeit der Berufung im Sinne dieser Gesetzesvorschrift auch dann, wenn das Berufungsgericht, wie im gegebenen Falle, unter Verneinung der Unzulässigkeit materiell entschieden hat. Die Revision verkennt nicht, daß die Berufung im gegebenen Falle in zulässiger Weise eingelegt war. Sie vertritt aber den in der Berufungsinstanz geltend gemachten Standpunkt, die Berufung sei durch Beendigung des Konkursverfahrens und den damit gegebenen Wegfall der Vertretungsmacht des Konkursverwalters für und gegen letzteren unzulässig geworden. Diese Auffassung ist indes unrichtig. Selbst wenn nach Einlegung der Berufung die Vertretungsmacht des Konkursverwalters weggefallen wäre, so würde dadurch seine Berufung nicht unzulässig, sondern, soweit er das Berufungsverfahren weiter verfolgt hat, ihm gegenüber unbegründet geworden sein.

Danach fehlt es an der bezeichneten Voraussetzung des § 547 Nr. 1; die Prüfung durfte sich nur auf deren Vorliegen erstrecken. Mit ihrer Verneinung war die Revision zurückzuweisen."

265. Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für die Regelung der Abgaben bei Besitzveränderungen im Grundstücksverkehr (ZPO. § 549; ZVG. § 81). Urt. vom 28. Jan. 08, VII 190/07.

„Bei der Regelung der Abgaben von Besitzveränderungen im Grundstücksverkehr handelt es sich um öffentlichrechtliche Normen, die durch das Reichszwangsversteigerungsgesetz nicht berührt werden. Wenn daher auch dieses Gesetz in § 81 Abs. 2 u. 3 zuläßt, daß unter gewissen Voraussetzungen bei der Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot oder im Falle der indirekten Stellvertretung der Zuschlag unmittelbar dem Zessionar bzw. den Vertretenen zu erteilen sei, so ist dadurch die Steuergesetzgebung des Einzelstaates nicht gehindert, für die Abgabenpflicht zwei Besitzveränderungsfälle anzunehmen und die Sache steuerrechtlich so zu behandeln, als ob der Meistbietende das Grundstück erworben und an den Zessionar bzw. den Vertretenen weiterveräußert habe. Daraus ergibt sich, daß auch die Frage, ob ein vor dem Inkrafttreten des Zwangsversteigerungsgesetzes erlassenes Landesgesetz über die Abgabenpflicht bei Grundstücksveräußerungen noch weiter gilt und wie es angesichts des neuen Reichsgesetzes anzuwenden ist, lediglich an der Hand des betreffenden Landesgesetzes zu entscheiden ist. Es ist zu untersuchen, ob und mit welchen sinngemäßen Änderungen es im Hinblick auf die Reichsgesetzgebung noch Bestand hat. Gelangt hierbei die Auslegung zu einem positiven, die fortdauernde Steuerpflicht auch gegenüber dem Reichsgesetze bejahenden Ergebnis, so kann hierin nur eine Verletzung des Landesgesetzes, nicht des Reichsgesetzes, das die Steuerpflicht nicht regelt, gefunden werden. Demnach bewegt sich der Berufungsrichter auf dem Boden irrevisibeln Rechtes (ZPO. § 549), wenn er der Ansicht ist, daß das Hamburgische Gesetz § 19 noch gelte und daß trotz des ZVG. § 81 Abs. 2, 3 der Zedent (Vertreter) als Erwerber und Weiterveräußerer die Abgabe zu zahlen habe."

266. Revisionsbegründung nach ZPO. § 554 Abs. 3 Ziff. 2b. Urt. vom 9. Dez. 07, VI 118/07.

„... Freilich ist in der Begründungsschrift unter den angeblich verletzten Rechtsnormen auch ZPO. § 286 genannt; aber ein solches bloßes Zitat kann nicht ‚die Bezeichnung der Tatsachen, welche den Mangel ergeben', ersetzen; in jenem Schriftsatze hat die Anführung des § 286 eine andere, hier nicht in Betracht kommende Beziehung ..."

267. Antrag, „entweder den Sachverständigen um Erstattung des Gutachtens nach Lage der Akten zu ersuchen oder einen neuen Verhandlungstermin anzusetzen"; Beschwerde gegen dessen Zurückweisung (ZPO. §§ 567, 214, 216, 370). Beschl. vom 3. Jan. 07, VII B 146/07.

„... Der Antrag, einen neuen Verhandlungstermin anzusetzen, ist ein das Verfahren betreffendes Gesuch, über das nach den Bestimmungen der ZPO. ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden durfte; insoweit sind also die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beschwerde (ZPO. § 567) ohne Zweifel gegeben. Dies trifft aber auch bezüglich des andern Teiles des oben wiedergegebenen Antrags zu. Das dort verlangte Ersuchen an den Sachverständigen, das Gutachten ‚nach Lage der Akten' (d. i. ohne vorgängige örtliche Besichtigung) zu erstatten, würde insoweit eine inhaltliche Änderung des Beweisbeschlusses in sich schließen. Gleichwohl handelte es sich auch hier um ein das Verfahren betreffendes Gesuch i. S. von § 567 a. a. O.; denn der Ausdruck ‚das Verfahren' in § 567, ist, wie der jetzt entscheidende Senat bereits früher ausgesprochen hat (RGZ. 47, 365), nicht in dem engen Sinne als Gegensatz zu dem Gegenstand einer Entscheidung, sondern als gleichbedeutend mit ‚den Rechtsstreit' aufzufassen. Und daß die Ablehnung der beantragten Änderung des Beweisbeschlusses eine Entscheidung bildet, die vor-

gängige mündliche Verhandlung nicht erforderte, folgt mit Notwendigkeit daraus, daß die Änderung selbst nach ZPO. § 360 nicht, wie in jenem Teile des Gesuchs geschehen, ohne neue mündliche Verhandlung beantragt werden konnte.

Ist hiernach die Beschwerde an sich zulässig, so ergibt sich aus dem zuletzt Gesagten schon, daß sie, insoweit die Änderung des Beweisbeschlusses ohne mündliche Verhandlung gefordert worden war, der Begründung entbehrt. Aber auch die Ansetzung eines Termins zur mündlichen Verhandlung hat das Kammergericht mit Recht abgelehnt, weil es an der erforderlichen Ladung (ZPO. §§ 214, 216) fehlte; der Fall, in dem der Verhandlungstermin ohne Ladung zu bestimmen ist (ZPO. § 370 Abs. 2 Satz 2), lag nicht vor ..."

268. Beschwerde gegen eine Entscheidung nach ZPO. § 769 (ZPO. §§ 769, 718, 770, 574). Beschl. vom 16. Jan. 08, VI B 11/08.

„Das Kgl. Oberlandesgericht hat in Anwendung der ZPO. § 574 Abs. 2 Satz 1 die eingelegte Beschwerde für formell zulässig erklärt; — mit Recht, da es sich hier um eine von dem genannten Gericht als Prozeßgericht nach Maßgabe von ZPO. § 769 getroffene Entscheidung über einen (erneuten) Einstellungsantrag handelt und auf diesen Beschluß die Vorschriften in ZPO. §§ 718 Abs. 3, 770 keine Anwendung leiden (vgl. RGZ. 33, 385 ff.; Gaupp-Stein, ZPO. zu § 769 Ziff. 4; Petersen-Remelé, ZPO. § 769 Bemerkung 4 S. 388; s. auch JW. 89, 20 Nr. 12; 97, 53 Nr. 10)..."

269. Ablehnung eines Schiedsrichters (ZPO. §§ 1032, 44 ff.). Urt. vom 17. Dez. 07, VII 140/07.

„... Der zweite Anfechtungsgrund, welcher Unzulässigkeit des Verfahrens geltend macht, weil der Schiedsrichter, obwohl er rechtzeitig abgelehnt sei, doch den Schiedsspruch gefällt habe, ist an sich vom Berufungsgerichte zugelassen. Das Verfahren ist indessen für unzulässig nicht erachtet worden, weil weder im schiedsgerichtlichen Verfahren die Ablehnung rechtfertigende Tatsachen vorgebracht, noch im jetzigen Verfahren Umstände glaubhaft gemacht worden seien, aus denen Mißtrauen gegen die Unbefangenheit des Schiedsrichters zu folgern sei. Diese Annahme ist unter eingehender Würdigung des Sachverhaltes vom Berufungsgericht begründet und die gegen sie erhobenen Revisionsangriffe entbehren ebenfalls der Berechtigung.

Es ist der Revision nicht zuzugeben, daß bei der vorliegenden Sachlage es für den Schiedsrichter geboten war, nach Eingang des Schreibens der Klägerin vom 17. Dezember 1905 lediglich, weil dasselbe seine Ablehnung enthält, das Verfahren zu unterbrechen und zunächst über die Ablehnung zu verhandeln. Eine gesetzliche Pflicht hierzu besteht nicht, die Normen über das Verfahren und die Entscheidung im Falle der Ablehnung eines Richters — ZPO. §§ 44 ff. — finden auf das schiedsgerichtliche Verfahren keine Anwendung (RGZ. 13, 351). Billigkeitsgründe erforderten, da im Ablehnungsschreiben der Aufklärung bedürfende Tatsachen nicht angeführt sind, ebenfalls nicht die Unterbrechung des Verfahrens.

Dem Berufungsgerichte ist deshalb darin beizutreten, daß der Schiedsrichter nach Ablauf der Erklärungsfrist den Spruch fällen durfte, ohne dadurch Parteinahme für den Beklagten zu zeigen. Von einem übereilten und sachlich nicht gebotenen Verfahren, wie die Revision dasselbe bezeichnet, kann nicht die Rede sein, wenn der Schiedsrichter nach der Überzeugung des Berufungsgerichts der durch die Umstände nahegelegten Ansicht sein konnte, die Klägerin habe sachliche Gründe nicht vorzubringen, sondern wolle nur durch die Ablehnung grundlosen Rücktritt vom Schiedsvertrage erzielen ..."

270. Tod eines Schiedsrichters nach Unterzeichnung aber vor Zustellung und Hinterlegung des Schiedsspruchs; Klage auf Aufhebung des

letzteren (ZPO. §§ 1039, 1041, 315, 274 Nr. 3). Urt. vom 22. Nov. 07, VII 17/07.

„Die Zulässigkeit der Revision ist nicht zu beanstanden, sachlich aber muß sie ohne Erfolg bleiben. Nach den Statuten des beklagten Vereins entscheidet in allen Streitigkeiten zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern ein aus acht, alljährlich von der Generalversammlung zu wählenden Personen bestehendes Schiedsgericht. Dieses Schiedsgericht hat auch vorliegendenfalls den Schiedsspruch gefällt, dessen Urschrift von allen Schiedsrichtern unterzeichnet ist. Dagegen haben bei der erst 1¾ Jahr später erfolgten Zustellung und Hinterlegung des Spruchs nur sieben Schiedsrichter mitgewirkt, da der achte Schiedsrichter inzwischen gestorben war. Auch die zugestellten Ausfertigungen des Spruchs sind nur von sieben Schiedsrichtern unterschrieben. Die Beendigung des schiedsgerichtlichen Verfahrens in dieser Weise war unzulässig. Denn nach ZPO. § 1039 ist der Schiedsspruch den Parteien in einer von den Schiedsrichtern, das ist von sämtlichen Schiedsrichtern, unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen. Auch die Zustellung und die Hinterlegung des Schiedsspruchs hat auf Betreiben aller Schiedsrichter zu erfolgen. Aber während bei diesen Handlungen die Vornahme durch einen Teil der Schiedsrichter genügt, wenn sie nur hierbei zugleich im Auftrag der übrigen handeln (vgl. RGZ. 37, 413), gilt das gleiche nicht auch für die Unterzeichnung des Schiedsspruchs oder der zuzustellenden Ausfertigungen. ZPO. § 315 ist auf das schiedsrichterliche Verfahren nicht anwendbar. Übrigens liegt auch nichts dafür vor, daß der verstorbene Schiedsrichter noch den Auftrag zur Zustellung und Hinterlegung des Schiedsspruchs erteilt habe. — Die Einhaltung der in ZPO. § 1039 verordneten Förmlichkeiten ist unerläßlich; erst durch sie gelangt das Verfahren zu dem, der Verkündung gerichtlicher Urteile entsprechenden Abschluß. Daraus ergibt sich, daß mit dem Tode des einen Schiedsrichters die Möglichkeit, das Verfahren in gesetzmäßiger Weise zu Ende zu führen, überhaupt ausgeschlossen war; die Rechtslage war die gleiche, als wenn etwa ein Schiedsrichter schon vor der Fällung des Schiedsspruchs, schon vor der Abstimmung über den zu fällenden Spruch, gestorben wäre. Hätten die übrigen Schiedsrichter diese Rechtslage erkannt und deshalb, wie es angezeigt gewesen wäre, ihre weitere Tätigkeit abgelehnt, so wäre es zu einem der Aufhebung fähigen Schiedsspruche überhaupt nicht gekommen. Das Vorhandensein einer von allen Schiedsrichtern unterschriebenen Urschrift des Schiedsspruchs wäre ohne rechtliche Bedeutung. In diesem Falle könnte auch der Schiedsvertrag nicht als durch das unbeendigte Verfahren erledigt angesehen werden, und es würde der Klage im ordentlichen Verfahren mit Grund die Einrede des Schiedsvertrags (ZPO. § 274 Nr. 3) entgegengehalten werden können. Nun sind aber die überlebenden Schiedsrichter nicht in dieser Weise zu Werke gegangen; sie haben vielmehr die Zustellung und Hinterlegung des Spruchs offenbar mit dem Willen, das Verfahren ordnungsmäßig zu Ende zu führen, und in der Meinung, hierzu auch ohne Mitwirkung des weggefallenen Schiedsrichters berechtigt zu sein, vorgenommen.

Bei dieser Sachlage muß aber die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruches zulässig sein. Bei der wesentlichen Bedeutung, die der Zustellung und Hinterlegung für das Zustandekommen des Schiedsspruchs selbst zukommt, muß ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften betreffs dieser Verfahrensakte als ein unzulässiges Verfahren i. S. der ZPO. § 1041 Ziff. 1 angesehen werden. Eben weil ein rechtsgültiger Schiedsspruch erst durch die Hinterlegung des zugestellten Spruchs zustande kommt, muß ein hierbei vorgekommener wesentlicher Verstoß ebenso behandelt werden, wie ein der Spruchfällung im engeren Sinne vorangegangener oder sie begleitender Fehler. Jedenfalls muß dies dann gelten, wenn, wie hier, eine nachträgliche Verbesserung des unzulässigen Verfahrens nicht mehr möglich ist. Der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs haben sonach beide Vorinstanzen mit Recht stattgegeben.

Der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts entspricht es aber auch

wenn die Vorinstanzen angenommen haben, daß mit der Aufhebung des fehlerhaften Schiedsspruchs das schiedsrichterliche Verfahren nicht von neuem eröffnet worden ist. Das von den überlebenden Schiedsrichtern eingeschlagene Verfahren sollte den Streit vollständig erledigen; sie haben als das bestellte Schiedsgericht gehandelt, das durch die Hinterlegung des Schiedsspruchs das Verfahren zum formellen Abschluß bringen wollte und gebracht hat. Wird dieser Schiedsspruch aufgehoben, so unterliegt der Streit der Parteien nunmehr der gerichtlichen Entscheidung. Möglich ist allerdings eine Vereinbarung der Parteien im Schiedsvertrage dahin, daß im Falle der Aufhebung eines Schiedsspruchs dasselbe Schiedsgericht abermals, oder ein anderes Schiedsgericht angerufen werden sollte. Nicht zuzugeben ist der Revision dagegen, daß hier der Schiedsvertrag in diesem Sinne zu verstehen sei. Weder in den Vorinstanzen noch in der Revisionsverhandlung ist hierfür etwas beigebracht. Der Kläger, und nunmehr seine Rechtsnachfolger, brauchen sich demnach nicht auf ein abermaliges schiedsrichterliches Verfahren einzulassen und es ist die Einrede aus ZPO. § 274 Nr. 3 ohne Rechtsirrtum verworfen worden. Hiernach war das Rechtsmittel, wie geschehen, zurückzuweisen."

271. **Wann kann auf Aufhebung eines Schiedsspruchs geklagt werden?** (ZPO. § 1039). Urt. vom 14. Jan. 08, VII 209/07.

„Die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs setzt aber ebenso wie die Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils voraus, daß das schiedsgerichtliche Verfahren in formeller Beziehung gemäß ZPO. § 1039 abgeschlossen ist. Das Berufungsgericht durfte deshalb in eine Prüfung der geltend gemachten Aufhebungsgründe erst eintreten, nachdem zuvor von Amts wegen festgestellt war, ob der Schiedsspruch vom 4. August 1906 in der vorgeschriebenen Weise auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niedergelegt ist.

Dieser Rechtsgrundsatz ist von dem erkennenden Senate in dem Urt. vom 29. Okt. 01 (RGZ. 49, 409) ausgesprochen und begründet; er ist auch in der Entsch. vom 9. Dez. 02 (mitgeteilt in der JW. 03, 27 Nr. 24) aufrechterhalten und er wird hier wiederholt. Aus der Anwendung dieses Grundsatzes aber ergibt sich, daß ohne die erwähnte Feststellung, auch wenn ein die Aufhebung rechtfertigender Grund an sich für erwiesen erachtet ist, die Aufhebung des Spruchs doch nicht erfolgen durfte, daß vielmehr ebenso, wie dies das Berufungsgericht hinsichtlich der Vollstreckungsklage ausführt, auch die Aufhebungsklage abzuweisen ist, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren durch Niederlegung des Spruchs noch nicht formell beendet ist."

272. **Keine allgemeine Verpflichtung des Konkursverwalters, die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu erfüllen; Stellung des Konkursverwalters; Einrede der Arglist ihm gegenüber?** (KO. §§ 12, 15). Urt. vom 22. Jan. 08, V 248/07.

„Unangefochten und bedenkenfrei ist die Feststellung des Berufungsurteils, daß die 2550 ℳ in Wahrheit an der auf dem Sch.schen Restgrundstücke lastenden Hypothek von 6000 ℳ getilgt worden sind. Auch dagegen wendet sich die Revision nicht ausdrücklich, daß der Vorderrichter der behaupteten Einstellung eines neuen Darlehns zu 2550 ℳ in die ursprüngliche Hypothek wegen fehlenden Grundbucheintrages dingliche Wirkung abgesprochen hat. Es ist dies unzweifelhaft richtig, wenn jenes vom Beklagten behauptete Rechtsgeschäft nach BGB. § 1180 beurteilt werden muß. Da indessen nach den Feststellungen des Vorderrichters die 2550 ℳ zuvor gezahlt gewesen sind und dadurch gemäß §§ 1163, 1177 daselbst Eigentümergrundschuld für die beiden Brüder Sch. — deren als Miteigentümerinnen miteingetragene Ehefrauen kommen nach unangefochtener und irrevisibeler Anwendung württembergischen ehelichen Güterrechts hier nicht in Betracht — entstanden war, so fragt es sich, ob jene Vereinbarung unter § 1180 fällt, was in der Rechtslehre nicht unbestritten ist (vgl. Kretzschmar, Das Sachenrecht § 1180 Anm. 2). Diese Frage kann aber

um deswillen auf sich beruhen, weil, wenn man auch Übertragung der Sch.schen Eigentümergrundschuld an den Beklagten und gleichzeitige Umwandlung dieser Grundschuld in eine Hypothek gemäß BGB. §§ 1154, 1198 als gegeben annimmt, auch nach diesen Vorschriften das Übereinkommen dingliche Wirkung nicht erlangt hat. Denn auch der angezogene § 1198 fordert in Verb. mit BGB. §§ 877, 873 Eintragung der Umwandlung im Grundbuch und der § 1154 daselbst überdies entweder schriftliche Abtretung der Briefgrundschuld oder Eintragung der Abtretung im Grundbuch. Alle diese Erfordernisse sind aber in vorliegender Sache nicht erfüllt.

Wenn demgemäß der Revisionskläger selbst dingliche Wirkung der von ihm behaupteten und hier zu unterstellenden Vereinbarung nicht geltend machen kann, so ist er doch der Meinung, daß die Klägerin auch die vertragsmäßige (obligatorische) Verpflichtung der Gemeinschuldner vollständig gegen sich gelten lassen und sie erfüllen müsse. Mit Recht hat aber der Vorderrichter dies Verlangen als unberechtigt zurückgewiesen. Denn der Beklagte hat nichts anderes als eine persönliche Forderung zu 2550 ℳ gegen die Klägerin und diese kann er gemäß KO. § 12 nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen. Sein angeblicher Anspruch auf dinglichen Vollzug der bestrittenen Vereinbarung, also auf Sicherstellung, fällt damit nach dem § 12 zusammen. Ein Absonderungsrecht für seine Forderung i. S. der §§ 47 ff. daselbst hat er nicht erlangt und kann er während der Dauer des Konkursverfahrens nach KO. § 15 nicht erwerben, da er auch noch nicht Vormerkung gemäß § 24 allda erwirkt hatte.

Auch von einer Masseschuld i. S. der KO. § 59 kann keine Rede sein, da angesichts vollständiger Vertragserfüllung auf seiten des Beklagten der § 17 daselbst überhaupt keine Anwendung findet, auch die Masse durch Verweigerung eines Absonderungsrechtes nicht rechtlos bereichert wird.

Mit ihren Einwendungen, daß der Konkursverwalter oder die Konkursmasse keine von den Gemeinschuldnern verschiedene Person sei und daß sie bei Nichtanerkennung des Hypothekenrechtes für die 2550 ℳ arglistig handeln würden, vermag die Revision nicht durchzudringen und ebensowenig mit ihren Hinweisen auf vermeintlich für sie sprechende frühere Entscheidungen des Senats. Mag auch die Konkursmasse das zu ihr herangezogene — keineswegs immer das ganze — Vermögen des Gemeinschuldners erfassen und mag der Konkursverwalter in gewissem Sinne den Gemeinschuldner mitvertreten, so unterliegt doch die Verwaltung und Verteilung der Konkursmasse den besonderen, vom gewöhnlichen Rechte abweichenden Vorschriften der KO. Diese müssen notwendig Grenzen zwischen wohlerworbenen Vorzugsrechten und Ansprüchen, die solcher Vorzugsrechte entbehren, ziehen und können, wenn das ganze Konkursverfahren nicht vereitelt werden soll, unmöglich die volle Erfüllung aller persönlichen Ansprüche so zulassen, wie sie außerhalb des Konkursverfahrens gefordert werden könnte. Handelt der Konkursverwalter gemäß diesen Vorschriften, wozu insbesondere auch die oben angezogenen §§ 12, 15 KO. gehören, so kann ihm mit Grund nicht vertragswidriges Verhalten oder gar Arglist vorgeworfen werden, und wenn in dem Urt. des erkennenden Senates vom 1. Mai 06, V 639/05 (JW. S. 424/9) auch ähnliches ausgesprochen worden ist, so kann dem doch in gegebener Sache nicht gefolgt werden. In der Entscheidung RGZ. 65, 62, auf die sich der Revisionskläger besonders stützt, läßt der Senat die Frage der Arglist ausdrücklich offen und in seinen weiteren Urt. ähnlichen Inhalts vom 5. Juni 07, V 437/06 und vom 2. Okt. 07, V 119/07 ist er überhaupt nicht mehr auf sie zurückgekommen. Alle diese Entscheidungen kann aber die Revision schon deshalb überhaupt nicht zu ihren Gunsten anrufen, weil es sich in den darin abgeurteilten Fällen um andere Tatbestände, nämlich um Anerkennung von Rangeinräumungen oder Verzichten auf Eigentümerhypotheken oder um schriftliche Übertragung der Eigentümerhypothek, also um vor der Konkurseröffnung erledigte Rechtsgeschäfte handelte, auf welche BGB. §§ 880, 1183 usw. zur Anwendung gebracht wurden.

Im gegebenen Falle schließen die strengen Formvorschriften des BGB. §§ 1180, 1198, 873, 877, 1154 in Verb. mit KO. §§ 12, 15 eine ähnliche Entscheidung zuungunsten der Konkursmasse vollkommen aus."

273. Umfang der eigenen Angelegenheiten (BGB. § 6 Abs. 1 Nr. 1). Urt. vom 3. Febr. 08, IV 276/07.

„Die Entmündigung ist nach BGB. § 6 von zwei Voraussetzungen abhängig. Es muß einmal Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorhanden sein und muß zweitens infolge dieses Umstandes der zu Entmündigende seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen. Die Wiederaufhebung der Entmündigung kann daher verlangt werden, auch wenn nur eine dieser Voraussetzungen fortfällt. Es genügt demgemäß zur Wiederaufhebung der Entmündigung, wie die Revision mit Recht ausführt, der von dem Kläger zu erbringende Beweis, daß er nicht mehr außerstande sei, seine Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit zu besorgen, und der Kläger hat nicht nötig, außerdem zu beweisen, daß er sich wieder im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte befinde. Allein dies ist auch von dem Berufungsrichter nicht verkannt. In dem Berufungsurteil ist vielmehr ausdrücklich ausgesprochen, daß die Entmündigung des Klägers nicht gerechtfertigt sein würde, wenn er trotz seiner geistigen Erkrankung imstande wäre, seine Angelegenheiten im wesentlichen selbst zu besorgen. Der von dem Kläger hierfür angetretene Beweis wird aber nicht als geführt angesehen. Das Kammergericht führt in dieser Beziehung aus, die Beweisaufnahme habe zwar ergeben, daß der Kläger seinen geringen Handel betreiben könne. Es handle sich jedoch hierbei nur um sehr einfache, sich fast mechanisch abspielende Vorgänge des gewerblichen Lebens, welche den Kreis der Angelegenheiten des Klägers nicht erschöpften. Es sei nicht anzunehmen, daß der Kläger, der nach wie vor von den Wahnvorstellungen beherrscht werde, es bestehe ein von seiner ersten Ehefrau gegen ihn angezetteltes Komplott, alle Beamte nähmen gegen ihn Partei, verschleppten seine Sachen und fälschten die Akten, über die zu dem Handelsbetriebe gehörigen einfachen Vorgänge hinaus seine Angelegenheiten betreffs Hypothekensachen, Guthaben bei Banken und Sparkassen usw. wahrzunehmen vermöge. Überdies sei, da Kläger nach seinem Verhalten in den Vernehmungsterminen sofort erregt und verwirrt werde, sobald von anderen Dingen als seinem einfachen Gewerbebetrieb mit ihm gesprochen werde, zu befürchten, daß sein krankhafter Zustand auch sein Verhalten bei seinem Gewerbebetrieb beeinflussen werde, falls ein privatrechtlicher Streit vorkomme oder ein sonstiger Anlaß sich ergäbe. Diese Ausführungen lassen sich rechtlich nicht beanstanden. Wenn die Revision meint, Kläger habe den Beweis erbracht, daß er seine Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit zu besorgen vermöge, so bekämpft sie damit in unstatthafter Weise (ZPO. § 561) die Beweiswürdigung. Die Annahme des Berufungsgerichts, es sei zu befürchten, daß der krankhafte Zustand des Klägers einen nachteiligen Einfluß auf den Betrieb des Gewerbes äußern werde, ist in ausreichender Weise tatsächlich begründet. Es ist ferner ausreichend dargelegt, daß aus der Fähigkeit des Klägers, die gewohnten Handlungen seines kleinen Handelsbetriebes auszuführen — die übrigens in gleicher Weise schon vor der Entmündigung vorhanden war — eine Schlußfolgerung auf sein Vermögen, seine sonstigen Angelegenheiten wahrzunehmen, sich nicht ziehen lasse. Die Rüge, daß der Berufungsrichter ohne tatsächlichen Anhalt dem Kläger das Vermögen abspreche, die Hypothekensachen, die Angelegenheiten im Verkehr mit Banken, Sparkassen usw. zu erledigen, ist somit ohne Grund. Der Beweis dafür, daß dieses Vermögen dem Kläger nicht abgehe, wäre von diesem zu erbringen gewesen. Mit Recht erklärt daher das Berufungsgericht die Aufhebung der Entmündigung für ungerechtfertigt, weil die auf den Handelsbetrieb bezüglichen Verrichtungen nur einen kleinen Teil der gesamten Angelegenheiten des Klägers darstellen. Es gehört hierzu namentlich auch die Wahrung der bürgerlichen Rechte und der Verkehr mit den Behörden (vgl. die Urt. des erkennenden Se-

nats vom 18. März, 28. Okt. und 23. Dez. 07 in Sachen K. wider Staatsanwaltschaft IV 399/06, Klage wider Staatsanwaltschaft IV 92/07 und P. wider Staatsanwaltschaft IV 503/07) . . ."

274. „Wegfallen" des Grundes zur Entmündigung. Berücksichtigung von Tatsachen, die vor dem Entmündigungsbeschlusse liegen, bei der Entschließung über die Wiederaufhebung der Entmündigung (BGB. § 6; ZPO. §§ 686, 669). Urt. vom 24. Febr. 08, IV 313/07.

„Nach BGB. § 6 Abs. 1 Nr. 2 kann entmündigt werden, wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt und nach Abs. 2 daselbst ist die Entmündigung wieder aufzuheben, wenn der Grund der Entmündigung wegfällt. Die Klägerin begehrt jetzt, nachdem ihr die Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses mißlungen, die Wiederaufhebung der Entmündigung. Ihr liegt der Beweis ob, daß der Grund der Entmündigung weggefallen ist. Gelingt ihr der Beweis, so ist die Entmündigung aufzuheben, anderenfalls behält der Entmündigungsbeschluß fernerhin Wirksamkeit.
Der Grund der Entmündigung ist die Verschwendung der Klägerin. Dieser Grund ist als weggefallen zu erachten, wenn die Klägerin den Beweis führt, daß bei ihr gegenwärtig der Entmündigungsgrund nicht vorliegt. Findet der mit der Entscheidung über die Wiederaufhebung der Entmündigung befaßte Richter, daß zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, diejenigen Voraussetzungen, unter denen jemand wegen Verschwendung entmündigt werden kann, fehlen, so ist die Entmündigung aufzuheben. Bei dieser Prüfung hat der Richter alles in Betracht zu ziehen, was für die Frage, ob der Entmündigungsgrund der Verschwendung gegeben ist, überhaupt von Wichtigkeit sein kann. Die Prüfung muß im wesentlichen ebenso umfassend und sorgfältig geschehen, als wenn es sich um eine erstmalige Entmündigung handelte. Der Umstand, daß die Klägerin infolge rechtskräftiger Abweisung ihrer Anfechtungsklage nunmehr unanfechtbar wegen Verschwendung entmündigt worden war, hindert den jetzt entscheidenden Richter nur, den Entmündigungsbeschluß daraufhin nachzuprüfen, ob er zu Recht ergangen war. Der Richter würde sonst gegen die Grundsätze von der Rechtskraft verstoßen. Aber für die Frage, ob gegenwärtig ein Entmündigungsgrund vorliegt, ist dem Richter in der Berücksichtigung und Würdigung von Tatsachen, gleichviel ob sie vor oder nach dem Entmündigungsbeschlusse liegen, keine Schranken gesteckt worden. Das Entmündigungsverfahren ist so gestaltet, daß die Erreichung eines zutreffenden, der Wahrheit entsprechenden Ergebnisses möglichst gewährleistet wird. Dieses Ziel könnte aber nur unvollkommen erreicht werden, wenn dem Richter die Berücksichtigung der vor dem Entmündigungsbeschlusse liegenden Tatsachen verschränkt wäre. Daß dies nicht der Fall ist, dafür sprechen in gewissem Maße die Vorschriften in ZPO. §§ 686, 669, wonach auch im Aufhebungsverfahren die Ergebnisse der bei dem Gerichte stattgefundenen, der Entmündigung vorangegangenen Sachuntersuchung bei der mündlichen Verhandlung vorzutragen sind. Wenn BGB. § 6 von einem „Wegfallen" des Entmündigungsgrundes spricht, so ist damit ein „Nichtvorliegen" gemeint. Daher ist der Richter nicht gehindert, das frühere Verhalten des Entmündigten anders zu würdigen, als dies in dem Entmündigungsbeschlusse geschehen ist. Gelangt der Richter bei Würdigung des Sachverhalts zu dem Ergebnisse, daß die Voraussetzungen der Entmündigung niemals (ungeachtet des rechtskräftigen Entmündigungsbeschlusses) vorlagen, so ist die Entmündigung ebensowenig aufrechtzuerhalten, wie in dem Falle, wenn die Voraussetzungen der Entmündigung zwar zur Zeit des Entmündigungsbeschlusses gegeben waren, aber hinterher infolge veränderter Umstände, etwa infolge eingetretener Besserung im Vergleiche zu dem früheren Verhalten weggefallen sind. Wäre der mit der Entscheidung über die Wiederaufhebung befaßte Richter darauf beschränkt, nur die Tatsachen seit dem Entmündigungsbeschlusse zu berücksichtigen, so wäre

unter Umständen die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, eine unter unzutreffender Würdigung des Sachverhalts ausgesprochene Entmündigung im Wiederaufhebungsverfahren zu beseitigen. Daß eine derartige Folge der gesetzgeberischen Absicht zuwiderläuft, bedarf nach dem Gesagten weiter keiner Ausführung (vgl. das Urt. des RG. vom 20. Mai 01, JW. 01, 475)."

275. Inkassozession (BGB. § 117 Abs. 2). Urt. vom 3. Febr. 08, V 228/07.

„. . . Die Zulässigkeit und Rechtswirksamkeit einer sogenannten Inkassozession kann auch nach BGB. nicht bezweifelt werden (§ 117 Abs. 2; vgl. RGZ. 53, 417), daraus folgt, daß der Zessionar zur Klageerhebung berechtigt ist und daß dem Beklagten ein Einwand gegen die Legitimation des Klägers nicht zusteht. Das Gesetz gibt dem Schuldner keinen Anhalt, einer solchen Inkassozession entgegenzutreten . . ."

276. Dem zur Anfechtung einer Willenserklärung Berechtigten kann die Anfechtungswirkung nicht gegen seinen Willen aufgenötigt werden (BGB. § 119). Urt. vom 7. Jan. 08, VII 163/07.

„. . . Noch viel weniger geht es an, daß dem Vertragsteile, der seine Unterschrift als vollwirksam anerkennt und den Vertrag in jeder Beziehung gelten läßt, entgegengehalten wird, er habe in Unkenntnis des Inhalts unterschrieben. Die schriftliche Willenserklärung wird durch die Unterschrift abgegeben. Entspricht sie nicht dem Willen des Unterzeichners, so kann sie unter Umständen anfechtbar sein; solange sie nicht angefochten wird, ist sie bindend. Ausgeschlossen dagegen ist es, daß dem an der Erklärung festhaltenden Unterzeichner die Anfechtungswirkung gegen seinen Willen aufgezwungen wird."

277. Anfechtung der vor der Geburt des Kindes abgegebenen Anerkennung der Vaterschaft wegen Unkenntnis von weiterem Geschlechtsverkehr der Kindesmutter. Erfordernis der Kausalität des Irrtums (BGB. §§ 119, 123, 1718). Urt. vom 31. Jan. 08, III 462/07.

„Die Revision rügt Verletzung des BGB. §§ 119, 123, 1718 mit der Ausführung, daß letztere Vorschrift eine singuläre Bestimmung enthalte, die nicht auf den vorliegenden Fall, in welchem die Anerkennung der Vaterschaft vor der Geburt des Kindes abgegeben ward, angewendet werden dürfe. Die Rüge ist verfehlt. Festgestellt in bedenkfreier Weise zur Anfechtbarkeit des Vertrages wegen Irrtums vom Landgericht ist in erster Reihe, daß Kläger trotz Kenntnis des Umstandes, daß die Beklagte zu 2 in der fraglichen Zeit noch mit anderen ihm der Person nach unbekannten Männern geschlechtlichen Umgang gepflogen habe, den Vertrag geschlossen haben würde und daß sein bestimmendes Interesse gewesen sei, der Möglichkeit, als Vater des erwarteten Kindes in Anspruch genommen zu werden und damit der Gefährdung seiner wie seiner Schwester Verlobung vorzubeugen. Diese Feststellung ist vom Berufungsgericht nicht nur nicht beanstandet, sondern augenscheinlich gebilligt. Die Folgerung gebietet sich in Anbetracht, daß dasselbe zu Anfang der Urteilsbegründung bemerkt, den Ausführungen des Vorderrichters sei im wesentlichen beizupflichten, und seine Erwägungen zu der Anfechtung wegen Irrtums mit dem vorbehaltlichen Vermerk schließt, die Begründung des Vorderrichters zu diesem Punkt seien durchaus zutreffend. Ist aber der Irrtum, in dem Kläger in betreff anderweiten Geschlechtsverkehrs der Beklagten zu 2 sich befunden haben will, für den Vertragsabschluß nicht ursächlich gewesen, dann steht ihm ein Recht zur Anfechtung nicht zu, einerlei ob der Irrtum auf absichtlicher Täuschung der Beklagten beruht oder nicht. Ein Eingehen auf die Frage, ob solche den Beklagten zur Last zu legen ist, bzw. ob dieselbe zutreffend vom Berufungsgericht verneint worden ist, bedarf es daher nicht . . ."

278. Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung zugleich als Anfechtung wegen Irrtums (BGB. §§ 123, 119). Urt. vom 19. Febr. 08, V 360/07.

„Es muß aber der Revision auch darin beigetreten werden, daß die Behauptung, es sei jemand zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden (BGB. § 123), die Behauptung eines für die Willenserklärung kausalen Irrtums (a. a. O. § 119) in sich schließt, so daß das Vorhandensein einer Anfechtung wegen Irrtums nicht schon dann verneint werden kann, wenn bei Anfechtung eines Vertrages wegen Betruges nicht ausdrücklich auch der Irrtum als Anfechtungsgrund angegeben oder der § 119 a. a. O. in Bezug genommen ist . . ."

279. Zum Begriff des Leichtsinns (BGB. § 138 Abs. 2). Urt. vom 22. Febr. 08, V 288/07.

„Dadurch, daß eine Person einen Vertrag ohne Kenntnis seiner Einzelheiten oder der Wertsverhältnisse der Vertragsobjekte abschließt, wird die Annahme eines hierbei begangenen Leichtsinns keineswegs ausgeschlossen. Denn auch in einem solchen Falle kommt das von der Revision richtig gekennzeichnete Wesen des Leichtsinns zur Erscheinung. Der Vertragschließende bindet sich durch Übernahme von Verpflichtungen oder verändert seinen Vermögensstand durch Weggabe von Wertobjekten, ohne sich zuvor Gewißheit darüber zu verschaffen, daß das, was er dafür als Entgelt erhält, dem Aufgeopferten wirklich gleichwertig ist. Es handelt sich also hier gleichfalls um die Tragweite eines Schrittes, dessen später fühlbar werdende Nachteile dem Handelnden gegenwärtig nicht bekümmern. Anlangend aber das Erfordernis der leichtsinnigen Charakteranlage, so lassen die Ausführungen des Berufungsrichters nicht erkennen, daß er dieses Begriffsmerkmal verkannt hat. Es wird zur Feststellung des Leichtsinns nicht bloß das spezielle Verhalten des klägerischen Ehemannes bei den Tauschverhandlungen selbst herangezogen, sondern weiterhin auch sein ganzes sonstiges Gebaren gewürdigt, insbesondere der Gesichtspunkt betont, daß es sich um Aufgabe der einzigen Nahrungsstelle für eine aus der Ehefrau und acht minderjährigen Kindern bestehende Familie handelte und daß der Ehemann, indem er diesen Schritt tat, seine Unterhaltspflichten gröblich verletzte. Damit ist dem erwähnten Begriffserfordernis Genüge geschehen. Wenn die Revision schließlich noch die Nichtberücksichtigung von Zeugenaussagen rügt, aus denen sich ergeben soll, daß der klägerische Ehemann eine über den Durchschnitt eines Bauern hinaus geweckte und gewandte Persönlichkeit sei, so ist dabei übersehen, wie Intelligenz und Leichtsinn keineswegs einander ausschließen, sondern im Leben häufig verbunden angetroffen werden."

280. Ungültigkeit wucherischer Geschäfte, auch soweit sie nicht als Ausbeutung erscheinen. Rückforderung des auf Grund wucherischen Vertrags angenommenen Wechsels (BGB. §§ 139, 138 Abs. 2, 817). Urt. vom 8. Febr. 08, I 370/07.

„Der Kläger klagt auf Grund des über eine Wechselsumme von 3100 ℳ ausgestellten Wechsels vom 30. November 1906 gegen den beklagten Akzeptanten auf Zahlung von 2600 ℳ nebst Zinsen und Kosten. Das Kammergericht nimmt an, daß dem Wechselbegebungsvertrag ein wucherisches Geschäft zugrunde liegt, weil der Klagwechsel an Stelle von mehreren, dem Kläger vom Beklagten im Sommer 1906 gegebenen und demnächst nicht eingelösten Wechseln im Betrage von zusammen 1925 ℳ, eines dem Kläger vom Beklagten am 5. November 1906 gegebenen Sichtwechsels über 325 ℳ und eines dem Kläger vom Beklagten am 4. November 1906 gegebenen Sichtwechsels über 500 ℳ getreten sei, welch letzterer als ‚Entschädigung‘ für die Nichteinlösung der erstgenannten Wechsel gewährt wurde, ohne daß ihm eine sonstige Valuta zu-

grunde lag. Das Kammergericht nimmt an, daß diese ‚Entschädigung' neben den berechneten Zinsen und Kosten einen Vorteil darstelle, der in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung (der Fortsetzung der Kreditgewährung) steht und eine bewußte Ausbeutung des Leichtsinns des Beklagten durch den Kläger enthalte. Die Ausführungen, mit denen das Kammergericht die objektiven und subjektiven Merkmale des wucherischen Geschäftes festgestellt hat, lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Revision erachtet aber BGB. § 139 für verletzt; der Kläger verlange mit der Klage nur den Betrag von 2600 ℳ, für welchen er auch tatsächlich (unter Einrechnung der Zinsen) Darlehen gewährt habe; selbst wenn die ‚Entschädigung' für Nichteinlösung der ersten Wechsel im Betrage von 500 ℳ einen wucherischen Vorteil darstelle, so seien doch die übrigen dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte gültig. Die Nichtigkeit aus BGB. § 138 Abs. 2 ergreife nur den jener ‚Entschädigung' entsprechenden Betrag. Dieser sei aber nicht mit eingeklagt. Die Ausführungen der Revision sind nicht stichhaltig. Enthielt die Vereinbarung, auf Grund deren der Beklagte dem Kläger an Stelle aller früher gegebenen Wechsel das Akzept über 3100 ℳ gab, eine wucherische Ausbeutung, so ist die ganze Vereinbarung nach § 138 Abs. 2 nichtig. Denn jene Vereinbarung war ein einheitliches Rechtsgeschäft und wenn auch nur ein Teil desselben wirtschaftlich als wucherische Ausbeutung erscheint, so ist doch das ganze Geschäft nichtig (vgl. Planck, Kommentar, 3. Aufl., § 138, 4; Staudinger, Kommentar, 3./4. Aufl., § 138 II 4 und Eccius, DJZ. 03, 42). Die von der Revision vertretene Auffassung würde dazu führen, wucherische Geschäfte insoweit als gültig und rechtswirksam anzuerkennen, als sie mit Rücksicht auf die von dem Wucherer tatsächlich gewährte Leistung nicht als Ausbeutung erscheinen. Das ist aber nicht der Standpunkt des Gesetzes, welches derartige Geschäfte überhaupt verbietet und sie deshalb ihrem ganzen Inhalte nach für nichtig erklärt.

Aus der Nichtigkeit des der Wechselbegebung zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes folgt, wie das Kammergericht mit Recht annimmt, die Rückforderung des Geleisteten. Der auf Grund des wucherischen Vertrags akzeptierte Wechsel ist nicht nichtig; aber er kann von dem Wucherer zurückgefordert werden. Hieraus ergibt sich für den Beklagten die Einrede des Wuchers gegenüber dem Kläger, welcher gegen ihn Rechte aus einem Wechsel geltend macht, den er durch ein wucherisches Geschäft erlangt hat und zurückzugeben verpflichtet ist."

281. **Ergänzung eines schriftlichen Vertrags aus einer nebenhergehenden mündlichen Vereinbarung** (BGB. §§ 157, 127). Urt. vom 1. Febr. 08, I 186/07.

„Man könnte zwar das Bedenken erheben, daß es einen Rechtssatz nicht gibt, wonach, wenn die Kontrahenten in irriger Voraussetzung eine Vertragsbestimmung treffen, die dieser Voraussetzung entspricht, sie so gelten solle, wie sie ohne diesen Irrtum getroffen worden wäre. Die Tatsache allein also, daß D. und B. irrtümlich von der Verwertung der Erfindungen durch Verkauf der Apparate ausgegangen sind, könnte den Schluß nicht rechtfertigen, daß die Lizenzbestimmung in § 2, mit oder ohne Einschränkung, auch für andere, nicht erwähnte Verwertungsarten Gültigkeit habe. Allein in dieser Weise ist auch die Auffassung des Kammergerichts in Wirklichkeit nicht begründet worden. In den Ausführungen S. 17/18 des Urteils macht es, gegenüber dem Wortlaute des Vertrages, geltend, daß die Beklagte den von ihrem Vertreter abgeschlossenen Vertrag so anerkennen müsse, wie er wirklich geschlossen worden sei und erwägt weiter, daß der wirklich abgeschlossene Vertrag — so wie das Kammergericht seinen Inhalt versteht — ‚auch mit der Fassung des Vertrages (in § 1) wohl verträglich' sei. Es wird also nicht dem § 2 für sich ein Sinn gegeben, den er wohl nicht haben könnte, sondern es wird der § 1 des Vertrags auf Grund der damit ‚wohl verträglichen', also nicht beseitigten mündlichen Vereinbarung dahin ergänzt und ausgelegt, daß die entgeltliche Be-

nutzung der D.schen Erfindungen durch die Beklagte allgemein und nicht nur für den Verkauf der Apparate vertraglich festgesetzt worden sei. In dieser Auffassung ist ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Zugleich erledigt sich damit der Einwand der Revision, daß die Auslegung nicht über dasjenige hinausgehen dürfe, was in der Urkunde irgendwie zum Ausdrucke gelangt sei.

Das Kammergericht hat aber bei seiner Auslegung auch nicht gegen den Grundsatz verstoßen, den ihm die Revision entgegenhält, daß nämlich es nicht darauf ankomme, was die Vertragsteile übereinstimmend innerlich gemeint, sondern darauf, welchen Willen sie einander erklärt hätten. Es kann zugegeben werden, daß einzelne Wendungen, wenn man sie in ihrem Wortlaute preßt, im Sinne dieses Vorwurfs verstanden werden könnten. Im Zusammenhalt aber aller hierauf gerichteten zahlreichen Stellen des Urteils kann kein berechtigter Zweifel darüber bestehen, daß das Kammergericht die beiderseitig bewußte Übereinstimmung der Kontrahenten in dem von ihm angenommenen Willensinhalte hat feststellen wollen. Wenn die Revision zu diesem Punkt auf das Zeugnis des B. zurückgreift, um darzutun, daß es eine solche Feststellung des erklärten Vertragswillens nicht rechtfertige, so kommt es für die Revisionsinstanz nicht darauf an, ob das Kammergericht sachlich mit Recht oder Unrecht die Aussage in seinem Sinne verstanden hat."

282. Entschädigungspflicht der Versicherungsgesellschaft bei einem Unfalle des Versicherten aus einer im Versicherungsantrage nicht erwähnten, ihr aber bekannten gefährlichen Beschäftigung (BGB. § 157). Urt. vom 4. Febr. 08, VII 219/07.

„Nach § 5 der in der Police Nr. 210 853 abgedruckten ‚Allgemeinen Versicherungsbedingungen' ist, ‚wenn in den Angaben, auf Grund deren die Versicherung abgeschlossen . . . worden ist, etwas unrichtig oder unvollständig dargestellt oder weggelassen ist, was auf den Entschluß der W. in M., sich auf den Vertrag überhaupt oder unter den gleichen Bedingungen einzulassen, hätte Einfluß haben können, . . . der Vertrag für die W. in M. unverbindlich, gleichviel ob die unrichtigen oder unvollständigen Angaben oder die Weglassungen auf Fahrlässigkeit oder böse Absichten zurückzuführen sind'. In dem vom Kläger unterzeichneten Versicherungsantrage vom 5. Aug. 98 war neben anderen vorgedruckten Fragen unter 4 f auch die an ihn gestellt: ob er bei seinen Berufs- oder sonstigen Beschäftigungen ‚mit . . . Maschinen . . ., Aufzügen, Kreissägen, Hobel- und Fräsemaschinen . . ., mit Pferden oder Fuhrwerk in Berührung komme'. Auf diese Frage hatte der Kläger die Antwort gegeben: ‚mit Pferden und Fuhrwerk'. Das Berufungsgericht findet hierin eine unvollständige Beantwortung, weil Kläger in Wahrheit des öfteren, wenn auch nur bei seiner leitenden und Aufsichtstätigkeit, mit den auf seinem Gute aufgestellten Maschinen in Berührung gekommen sei und dies, ungeachtet der ausdrücklich hierauf gerichteten Fragestellung, unerwähnt gelassen habe. Auf Grund dieses Umstandes hat das Berufungsgericht, in Anwendung der gedachten Vertragsbestimmung, die Versicherung als für die Beklagte unverbindlich erachtet.

Ob dieser Auffassung und den zu ihrer näheren Begründung gegebenen Ausführungen des Berufungsgerichts überall beizustimmen ist, mag auf sich beruhen. Selbst wenn es der Fall wäre, könnte die angefochtene Entscheidung doch aus einem anderen Grunde nicht aufrechterhalten werden.

Es steht unbestritten fest, daß der Kläger während der Dauer der Versicherung schon früher zweimal, nämlich in den Jahren 1899 und 1902, durch Maschinen auf seinem Gute Verletzungen erlitten hat und hierfür von der Beklagten versicherungsgemäß entschädigt worden ist. Der zweite dieser beiden Fälle mag außer Betracht bleiben, weil nicht ersichtlich ist, daß damals der Kläger aus freien Stücken mit der Dreschmaschine, durch die er verletzt wurde, in Berührung gekommen war; er selbst hat den damaligen Vorgang nur da-

hin dargestellt, daß ihm die Dreschmaschine durch seine Leute, als er ihnen zeigen wollte, wo sie zu stehen hatte, auf den Fuß geschoben worden sei. Anders aber verhält es sich mit dem Falle von 1899. Damals hat der Kläger eine Daumenverletzung durch einen Treibriemen erlitten. Hieraus ist zu entnehmen, daß er sich mit der betreffenden Maschine in irgend einer Weise zu schaffen gemacht hatte, also in gewollte Berührung mit ihr gekommen war. Gegenteiliges ist auch von der Beklagten nicht behauptet. Nun mag richtig sein, daß die Beklagte, wie sie behauptet, die damalige Entschädigung nur ihres geschäftlichen Rufes halber und mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit des Betrages anstandslos gewährt hat. Dies berührt indes nur die Frage, ob zu der damaligen Entschädigung eine Rechtspflicht bestand. Nichts aber ändert sich damit an der Tatsache, daß der Beklagten durch den damaligen Vorgang jedenfalls bekannt wurde, daß der Kläger mit den Maschinen auf seinem Gute in Berührung kam, also seine Antwort auf die Frage 4f (wenn sie so aufzufassen war, wie die Beklagte behauptet) unrichtig oder unvollständig war. Damit war der Beklagten die rechtliche Möglichkeit eröffnet, sich von dem Vertrage loszusagen. Setzte sie ihn aber, wie geschehen, fort und verlängerte sie ihn sogar noch über die ursprünglich vereinbarte Dauer hinaus, so tat sie dies in Kenntnis von dem wahren Sachverhalte; das Verhältnis war von nun an nicht anders gestaltet, als wenn der Kläger von vornherein die gedachte Frage dahin beantwortet hätte, daß er mit den Maschinen in Berührung komme. Ob dies mehr oder weniger oft und ob es insbesondere auch mit einer Hobelmaschine geschah, kann nicht mit dem Berufungsgericht als erheblich angesehen werden. Wollte die Beklagte hierauf Gewicht legen, bevor sie sich über die Fortsetzung des Vertrags schlüssig machte, so hätte sie, nachdem sie, wie erwähnt, an sich Kenntnis davon erhalten hatte, daß Kläger mit Maschinen überhaupt in Berührung kam, noch entsprechende Fragen besonderen Inhalts an ihn stellen müssen; ließ sie, ohne dies zu tun, den Vertrag fortdauern, so gab sie zu erkennen, daß es ihr auf Unterscheidungen der gedachten Art nicht ankam. Ebensowenig erheblich ist es, ob die Hobelmaschine, an der der Kläger den jetzt in Rede stehenden Unfall erlitten hat, schon zur Zeit des Vertragsabschlusses auf dem Gute vorhanden war, oder, wie die Beklagte behauptet, erst später angeschafft worden ist, und ob sie, wie ebenfalls die Beklagte behauptet, Kläger aber bestreitet, nicht nur für Gutszwecke des Klägers, sondern auch zu Lohnarbeiten für andere benutzt worden ist; nicht hierauf kommt es nach Inhalt des Vertrages an, sondern lediglich auf die vorhin erörterte Frage, ob der Kläger mit den Maschinen, die sich jeweils auf dem Gute befanden, bei seinen Berufs- oder sonstigen Beschäftigungen in Berührung kam.

Aus diesen Gründen ist der Entschädigungsanspruch des Klägers, vorbehaltlich der nach § 12 der Versicherungsbedingungen der dort genannten ‚Kommission' gebührenden Entscheidung als begründet anzuerkennen . . ."

288. Die Ausübung des vertragsmäßigen Rechts, bei Verzug in der Zinszahlung sofortige Zahlung des Kapitals zu verlangen, ist zeitlich begrenzt (BGB. § 157). Urt. vom 19. Febr. 08, V 287/07.

Der Kläger hat durch notariellen Tauschvertrag vom 15. Dez. 05 ein Grundstück erworben und dabei mehrere Hypotheken mit der Verpflichtung übernommen, die Zinsen vom Vertragsschluß ab zu zahlen. In der Schuldurkunde über die eine Hypothek war bestimmt, daß die Zinsen vierteljährlich nachträglich zu entrichten seien und daß die Kündigung des Kapitals bei Zahlung der Zinsen innerhalb der ersten acht Tage der Kalendervierteljahre bis 1. Oktober 1909 ausgeschlossen, bei unpünktlicher Zinszahlung aber das Kapital sofort ohne Kündigung fällig und die sofortige Zwangsvollstreckung gegen jeden Eigentümer zulässig sei. Die Auflassung ist erst am 17. Juli 1906 erfolgt. Inzwischen war im Juni 1906 ein Teilbetrag dieser Hypothek mit den

Zinsen seit 23. Mai 1906 an den Beklagten abgetreten und am 14. Juni 1906 im Grundbuch umgeschrieben worden. Der Kläger hat die Julizinsen erst am 17. oder 18. Juli 1906 durch die Post an den Beklagten gezahlt, angeblich weil er früher nichts Sicheres über die Abtretung erfahren habe. Der Beklagte, der bei der Auflassung zugegen war, hat dabei nichts erwähnt, auch die übersandten Zinsen angenommen, will aber schon vorher, am 10. Juli 1906, einen Rechtsanwalt mit der Einziehung des Kapitals beauftragt haben. Dieser forderte durch Schreiben vom 26. Juli 1906 unter Bezugnahme auf die verspätete Zinszahlung den Kläger zur Zahlung des Kapitals auf. Der Kläger lehnte dies ab, zahlte auch die Oktoberzinsen, der Beklagte veranlaßte aber auf Grund einer am 20. September 1906 ausgestellten vollstreckbaren Ausfertigung der Schuldurkunde die Einleitung der Zwangsversteigerung des Grundstücks.

Der Kläger, der die Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung geltend macht, hat in zwei Instanzen gesiegt. Die Revision ist verworfen.

Aus den Gründen:

„Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wie auch in der des früheren preuß. Obertribunals (s. GruchotsBeitr. 47, 398 und die dort aufgeführten früheren Urteile, insbesondere JW. 98, 111 Nr. 10) anerkannt, daß Vertragsklauseln, wie die hier in Rede stehenden, nicht zur Herbeiführung eines unbegrenzten Schwebezustandes mißbraucht werden dürfen, daß vielmehr die Entschließung des Berechtigten nach Treu und Glauben (BGB. § 157) binnen eines angemessenen, zur Übermittlung der Entschließung ausreichenden Zeitraums nach Eintritt der Berechtigung dem andern Teil kundzugeben ist. Von diesem Standpunkt aus kann es nicht als rechtsirrig bezeichnet werden, wenn der Berufungsrichter der bloßen Beauftragung eines Anwalts keine Bedeutung beilegt und wenn er das von dem Anwalt am 26. Juli 1906, also fast drei Wochen nach Eintritt des Verzuges, abgelassene Schreiben für verspätet erachtet hat."

284. Bestimmt auf dem Gebiete der Unfallversicherung die sog. Gliedertaxe, die das Maß der Entschädigung bei völligem Verlust oder völliger Lähmung eines Gliedes festsetzt, zugleich den Höchstbetrag der Entschädigung für den Fall einer hinter diesen höchsten Graden von Gebrauchsunfähigkeit zurückbleibenden Schädigung eines Gliedes? (BGB. §§ 133, 157). Urt. vom 31. Jan. 08, VII 199/07.

„Nicht begründet ist der von der Revision erhobene Vorwurf, daß die Berufungsentscheidung den § 12 der allgemeinen Vertragsbestimmungen, wonach der Umfang der Entschädigung auf Grund ärztlicher Gutachten festzusetzen ist, verletze. Der ärztliche Sachverständige Prof. Dr. H. hat seine Erklärung, daß der Kläger zu 75% erwerbsunfähig sei, selbst dahin eingeschränkt, daß, wenn sachverständige Berufsgenossen des Verletzten den Schaden höher schätzen würden, er ihnen darin bis zur Annahme einer Erwerbsunfähigkeit von 90% folgen würde. Es läßt sich demnach nicht sagen, daß das Berufungsgericht die vertragsmäßige Grundlage verlassen habe, wenn es auf Grund der Gutachten der Malermeister J. und T. die Erwerbsbeschränkung auf 80% festsetzte. Denn der ärztliche Sachverständige hatte dieses Gutachten schon von vornherein auch zu dem seinigen gemacht.

Begründet ist dagegen der gegen die Auslegung des § 11 der allgemeinen Versicherungsbedingungen gerichtete Revisionsangriff. Dieser Paragraph stellt bestimmte Grundsätze für die Beurteilung des Invaliditätsgrades auf. Danach wird für den Verlust eines oder mehrerer Glieder ein bestimmter Grad von Invalidität ohne weiteres und in allen Fällen als feststehend angenommen. So für den Verlust beider Augen oder beider Arme oder Füße 100%, für den Verlust eines Beines oder Fußes 60% usw. Die vollständige Lähmung eines Gliedes wird dem Verluste gleichgeachtet. Der letzte Absatz des § 11 lit. b

lautet: ‚In allen anderen, vorstehend nicht genannten Fällen hängt die Beurteilung des Invaliditätsgrades davon ab, ob und inwieweit die Erwerbsfähigkeit des Versicherten . . . durch die Folgen des Unfalls beeinträchtigt worden ist.‘ Die Folgen der vom Kläger erlittenen Verletzung bestehen nun weder in dem vollständigen Verluste noch in der vollständigen Lähmung seines rechten Beines, sondern in einer hinter diesen höchsten Graden von Gebrauchsunfähigkeit zurückbleibenden Schädigung. Das Berufungsgericht glaubt gleichwohl über den für den gänzlichen Verlust des Gliedes bestimmten Satz von 60% hinausgehen zu können, indem es annimmt, es liege hier einer der im letzten Absatz des § 11 lit. b erwähnten ‚anderen Fälle‘ vor und es hänge deshalb die Entschädigung nur von dem Grade der Erwerbsunfähigkeit ab. — Die Revision macht dem Berufungsgerichte mit Grund eine Verletzung des BGB. §§ 133, 157 zum Vorwurf. Es geht nicht an, den letzten Absatz des § 11b der Bedingungen für sich und losgerissen aus dem Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen des § 11b zu betrachten. Da die Gliedertaxe nur den völligen Verlust oder die ihm gleichzuachtende völlige Lähmung eines Beines oder Fußes vorsieht, so liegt bei einer, dem völligen Verluste nicht gleichkommenden geringeren Verletzung buchstäblich genommen allerdings ein ‚anderer, vorstehend nicht genannter Fall‘ vor. Es muß aber vom Standpunkte verständiger Geschäftsgebarung für ausgeschlossen gelten, daß beim Vertragsschluß der Wille der Vertragschließenden dahin gegangen sei, daß für eine weniger erhebliche Verletzung eines Gliedes unter Umständen eine höhere Entschädigung gezahlt werden solle als für den vollständigen Verlust des Gliedes. Das ist sicherlich nicht nur nicht die Meinung der Beklagten gewesen, sondern es kann auch der Kläger selbst schwerlich der fraglichen Bestimmung einen anderen Sinn beigelegt haben als den, daß die Entschädigung im Verhältnisse zur Beschädigung zu gewähren sei. Die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts ist nicht eine solche, wie sie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, sondern sie widerspricht diesem Erfordernisse. Zu einem richtigen Verständnisse der streitigen Bestimmungen ist nur auf der Grundlage der vorhergehenden, den völligen Verlust eines Gliedes betreffenden Bestimmungen zu gelangen. Wenn dort gesagt ist, daß für den Verlust oder die vollständige Lähmung eines Gliedes ohne weiteres Invalidität zu 60% angenommen wird, so ist vor allem der Sinn dieser Bestimmung zu ermitteln. Wird der Satz von 60% nur als untere Grenze, nicht als Schranke nach oben angesehen, so daß je nach dem Grade der Erwerbsunfähigkeit auch eine höhere Entschädigung bis zum versicherten Höchstbetrag gefordert werden könnte, dann würde in dem zur Entschädigung stehenden Falle die Zubilligung einer 80%igen Rente dem Vertrage nicht widersprechen. Faßt man dagegen die Taxe als unüberschreitbaren Höchstbetrag auf, dann ist es eine in sich widerspruchsvolle Annahme, daß für eine weniger schwere, dem Verluste nicht gleichkommende Verletzung mehr als 60% der Entschädigung geschuldet sein könnten. Das Berufungsgericht hat nun zu der maßgebenden Frage nicht bestimmt Stellung genommen. Es erklärt, es möge vielleicht nicht richtig sein, daß die in § 11b aufgeführten Prozentzahlen als Mindestsätze aufzufassen seien, eignet sich aber die gegenteilige Behauptung der Beklagten, daß sie Höchstsätze seien, nicht an. Dieser Punkt aber bedarf vor allem der bestimmten Entscheidung, wobei auch die von der Beklagten für ihre Auffassung beigebrachten Beweismittel zu berücksichtigen sind. Darauf, ob der Kläger die vorgelegten Statuten anderer Gesellschaften gekannt hat oder nicht, kann es nicht ankommen. Wenn die Prüfung des Beweismaterials ergibt, daß die sog. Gliedertaxe auf dem Gebiete der Unfallversicherung allgemein als Höchstbetrag der Entschädigung angesehen wird, und wenn sich dementsprechend feststellen läßt, daß auch in den Verträgen der Beklagten die fragliche Bestimmung, rein objektiv betrachtet, ebenso zu verstehen ist, dann kann sich der Kläger nicht auf seine abweichende, nicht zum Ausdruck gelangte subjektive Meinung berufen."

285. Dem Versicherten nicht anzurechnende unrichtige Beantwortung der Frage im Versicherungsantrag, ob eine andere Versicherung vorliege (BGB. §§ 157, 276). Urt. vom 11. Febr. 08, VII 220/07.

Der Kläger fordert von der beklagten Feuerversicherungsbank Ersatz eines Brandschadens. Er hat die Frage Nr. 12 im Versicherungsantrag dahin beantwortet, daß eine andere Versicherung abgelaufen sei, obwohl sie noch bestand.

„Dagegen kann dem Berufungsrichter darin nicht beigetreten werden, daß Kläger den Nachweis nicht erbracht habe, daß er durch das Vorliegen besonderer Umstände von der Verantwortlichkeit für die unrichtige Beantwortung der Frage befreit, daß die unrichtige Beantwortung entschuldbar sei. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat Kläger die ersten Verhandlungen, betreffend die Neuversicherung des Hauses, mit dem Zeugen S., als dem Agenten der Versicherungsgesellschaft, bei der er angestellt war, geführt. Als solchem hat er ihm bei Aufstellung der für diese Gesellschaft bestimmten Anträge die Police der Provinzial-Feuersozietät vorgelegt. Agent S. hat ihm darauf erklärt, ‚er brauche sich wegen dieser um nichts zu kümmern, seine Gesellschaft mache alles in Ordnung; er schicke die Papiere seiner Gesellschaft, sie werde der Sozietät kündigen.‘ Wenn Kläger sich auf diese Erklärung des Agenten verließ und daraufhin den Versicherungsantrag mit der oben wiedergegebenen Antwort unterschrieb, so durfte er annehmen, daß die Versicherungsgesellschaft durch diese Beantwortung in einen Irrtum über das Nichtbestehen einer zweiten Versicherung nicht versetzt werden würde. Zumal bei dem Bildungsgrad des Klägers darf eine Versicherungsgesellschaft ihm nicht vorwerfen, daß er schuldhaft handle, wenn er im Vertrauen auf die Zusicherungen des Agenten annahm, daß die Beantwortung der Frage zu einem Mißverständnis nicht würde führen können.

Ist aber hiernach davon auszugehen, daß der Kläger, falls die Versicherung bei der Gesellschaft, deren angestellter Agent S. war, zustande gekommen wäre, zu seiner Entschuldigung sich auf dessen Zusicherung hätte berufen dürfen, so fällt die Entschuldbarkeit des klägerischen Verhaltens vorliegend dadurch nicht weg, daß der Versicherungsvertrag schließlich mit der Beklagten abgeschlossen wurde. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters hat die Beklagte, der die von S. aufgenommenen, die Versicherung bei dessen Gesellschaft bezweckenden Urkunden durch den Generalagenten H. übermittelt waren, sich zum Abschluß des Versicherungsvertrages der Vermittlung des in D. wohnenden Generalagenten H. als ihres Agenten bedient und dieser hat seinerseits die Dienste seines in B. wohnenden Unteragenten S. in Anspruch genommen und zwar zur Herbeiführung der Unterschrift unter den Versicherungsantrag, zur Erstattung sowohl des unter dem Antrag vorgesehenen sowie des vertraulichen Berichts und zur Übergabe der Police gegen Einziehung der Prämie und der Kosten. Bei dieser Sachlage kann die Annahme des Berufungsrichters, daß S. nur als ‚Bote‘ ‚zur Übermittlung von Schriftstücken‘ benutzt worden sei, als gerechtfertigt nicht angesehen werden, jedenfalls aber war der Kläger zu der Annahme berechtigt, daß S., der nach wie vor ihm gegenüber die vermittelnde Tätigkeit eines Versicherungsagenten ausübte, diese Tätigkeit unter Zustimmung der Versicherungsgesellschaft ausübe, die tatsächlich den Vertrag mit ihm abschloß. Durfte aber Kläger den S. wie bei der ersten, so auch bei den den Vertrag zum Abschluß bringenden Verhandlungen als Agenten der mit ihm verhandelnden Gesellschaft betrachten, so ist auch als entschuldigt anzusehen, daß er im Vertrauen auf die ihm von S. bei der ersten Verhandlung gegebene Zusicherung auch den von dem Generalagenten der Beklagten mit der objektiv unrichtigen Antwort ausgefüllten Versicherungsantrag ohne Richtigstellung unterschrieb. Unter den gegebenen Umständen durfte er annehmen, daß die Versicherungsgesellschaft, über den wirklichen Stand der Versicherung bei der Provinzial-Feuersozietät unterrichtet, die Beantwortung der Frage 12 nicht mißverstehen werde."

286. Zum Begriff des Bauentreprisevertrags; Verjährung der Ansprüche eines Handwerkers, der Arbeiten weiter vergeben hat. Anspruch auf Beseitigung einer Vormerkung nach Verjährung der persönlichen Forderung (BGB. §§ 196 Nr. 1, 223, 886). Urt. vom 17. Febr. 08, VI 190/07.

„Nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsurteils waren die Arbeiten des Bauunternehmers M. Ende des Jahres 1899 vollendet, die Verjährung begann demzufolge mit dem 1. Januar 1900, also unter der Herrschaft des BGB., das gemäß EGBGB. Art. 169 damit allein maßgebend für die Gestaltung der Verjährung geworden ist. Wie das Berufungsgericht weiter festgestellt hat, war M. Handwerksmeister und er hat als solcher in Ausübung seines Gewerbes die fraglichen Bauarbeiten übernommen. Damit fällt der Klageanspruch unter die im BGB. § 196 Nr. 1 bezeichneten Forderungen, die einer zweijährigen Verjährung unterworfen sind. Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 11. April 1907 in einem dem gegenwärtigen ganz gleich gelagerten Falle (RGZ. 66, 4) ausgesprochen, daß die für das frühere Recht (RGZ. 28, 232) anerkannte Unterscheidung zwischen einem Unternehmer(Bauentreprise-)vertrage und dem Handwerkerwerkvertrage für das gegenwärtig geltende Recht nicht mehr gerechtfertigt sei; er sieht keine Veranlassung, von seiner dort ausführlich begründeten Rechtsauffassung im gegenwärtig zu entscheidenden Falle wieder abzugehen. Zwar ist zu der in dem bezeichneten Urteil angezogenen abweichenden Entsch. des 7. ZS., die jene Unterscheidung auch für das neue Recht beibehalten will, eine weitere des 7. ZS. getreten (RGZ. 66, 48); allein wie jene ältere beruht auch diese letztergangene nicht auf der von der Auffassung des 6. Senats abweichenden Rechtsanschauung, da (s. RGZ. 66, 50) in dem ihr zugrunde liegenden Rechtsfalle gar nicht behauptet war, daß ein Entreprisevertrag vorliege, die Ausführung des Gerichts über den Unterschied der beiden Verträge somit nur den Charakter einer bei Gelegenheit der Entscheidung gegebenen theoretischen Bemerkung hat. Es ergibt sich daher auch gegenwärtig kein Anlaß, eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate einzuholen. Abgesehen davon würde indessen auch den Erwägungen des Berufungsgerichts beizutreten sein, die auf der Grundlage des RGZ. 28, 232 für den gegebenen Fall die Merkmale des Entreprisevertrages als nicht gegeben annehmen, da nach den aus der Zeugenaussage des M. gewonnenen Feststellungen der Genannte nicht eine Gesamtheit von Leistungen, die als solche außerhalb seines Handwerksbetriebes lag, sondern die Ausführung von Arbeiten, die er als Handwerksmeister mit seinen Handwerksgehilfen und Arbeitern fertigstellen konnte und wollte, übernommen hatte; M. war danach Maurer, Zimmerer und Bauschreiner, und alle übernommenen Arbeiten fielen demgemäß in seinen Handwerksbetrieb; daß er einzelne Arbeiten an andere Handwerksmeister weiter vergeben hat, lag außerhalb des Vertragscharakters und war durch während der Arbeiten eingetretene Zufälle veranlaßt.

Daß die Eintragung der Vormerkung die Verjährung nicht gehindert oder unterbrochen hat, ergibt sich daraus, daß BGB. §§ 208, 209 eine solche Unterbrechung nicht kennt; mit dinglich gesicherten Ansprüchen befaßt sich die Bestimmung des BGB. § 223, wonach die Verjährung der persönlichen Forderung durch die dingliche Sicherung nicht beeinflußt wird, umgekehrt aber auch die Verfolgung des dinglichen Rechts nicht berührt. Für ein solches nur vorbereitende Vormerkungen gilt aber auch nicht BGB. § 223, sondern § 886, dessen Anwendung zu dem Ergebnis führt, daß die Verjährung der persönlichen Forderung den Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung erzeugt."

287. Art des Schadensersatzes bei Entwertung eines Grundstücks durch Bergbau (BGB. §§ 249, 251). Urt. vom 29. Jan. 08, V 491/07.

„Nach BGB. §§ 249, 251 kann wegen Beschädigung einer Sache Geldentschädigung verlangt werden, wenn die Herstellung des vor der schädigenden

Tatsache bestehenden Zustandes nicht möglich ist. Die Unmöglichkeit, das Grundstück des Zivilbeklagten jetzt unverletzt und unbedroht durch den Bergbau des Beklagten wiederherzustellen, versteht sich von selbst. Die vom Beklagten angebotene völlige Erwerbung und unkündbare Belassung der eingetragenen Hypotheken auf 10 Jahre, womit er den Mangel erschwerter Beleihbarkeit des Grundstücks beseitigen will, ist keine Wiederherstellung des früheren Zustands i. S. des BGB. § 249 und die Kläger brauchen sich damit nicht zu begnügen, wie die Revision will. Mit Unrecht hält diese überhaupt die erschwerte Beleihbarkeit für den noch im Streit befangenen, durch den Bergbau des Beklagten herbeigeführten Mangel. Sie ist vielmehr nur eine Zwischenursache und ein Maßstab für diesen, der Mangel selbst besteht sowohl nach A.s Gutachten als nach dem Berufungsurteil in der Minderung des Verkaufswerts des Grundstücks nach der im Verkehr herrschenden Anschauung, die, wie der Vorderrichter ausdrücklich und bedenkenfrei feststellt, erfahrungsgemäß auf derartige individuelle Verhältnisse, wie die obenerwähnte angebotene Unkündbarkeit der Hypotheken, keine Rücksicht nimmt. Den Schaden, den die Kläger durch die vom Berufungsgericht festgesetzte, durch den Bergbau des Beklagten verursachte Entwertung des Grundstücks erlitten haben, können sie nach AllgBergG. § 148 und BGB. § 251 in Geld ersetzt verlangen und sie brauchen sich, da sie den früheren vollen Verkaufswert jetzt und jederzeit beanspruchen können, nicht in unsicherer Weise auf seine künftige Wiederherstellung vertrösten zu lassen. Insoweit ist unerheblich, was die Revision über die in längstens 10 Jahren voraussichtlich eintretende Bodenberuhigung und Standsicherheit der Gebäude vorbringt."

288. Gegenüber der Betriebsgefahr überwiegendes eigenes Verschulden des beim Aufspringen auf den fahrenden elektrischen Motorwagen Verletzten (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 6. Febr. 08, VI 169/07.

„In der Beurteilung des eigenen mitwirkenden Verschuldens des Klägers an dem Unfall und dessen Abwägung gegen die von der Beklagten zu vertretende Betriebsgefahr gemäß HaftpflG. § 1 und BGB. § 254 war jedoch dem Berufungsgericht nicht beizutreten, vielmehr der Auffassung des Landgerichts der Vorzug zu geben. Das Aufspringen auf einen in der Fahrt begriffenen elektrischen Motorwagen muß unter allen Umständen als ein schweres eigenes Verschulden des Verletzten bezeichnet werden; die Gefährlichkeit dieses Aufspringens und damit auch die Schwere des Verschuldens wird indessen noch erheblich gesteigert, wenn das Aufspringen auf den Vorderperron eines Wagens unternommen wird. In milderem Lichte würde die eigene Fahrlässigkeit des Klägers nur erscheinen, wenn es richtig wäre, daß der Wagenführer an der zum Aufsteigen bestimmten letzten Haltestelle nicht angehalten und der Kläger deshalb versucht hätte, das Mitfahren auf diesem Wege noch sich zu sichern. Das ist aber von dem Berufungsgericht nach der Beweisaufnahme für überzeugend widerlegt erachtet worden. Wenn das Berufungsgericht zugunsten des Klägers in Betracht zieht, daß das Fahrpersonal der Straßenbahn erfahrungsgemäß den Aufstieg während der Fahrt ohne Widerspruch geschehen lasse, so bleibt nichtsdestoweniger bestehen, daß jeder Fahrgast, der einen solchen Versuch des Aufspringens, von dem er weiß, daß er gefährlich und durch die Betriebsvorschriften verboten ist, unternimmt, hierbei auf eigene Gefahr handelt und durch die Duldung des Fahrpersonals, das übrigens einen Aufspringenden nicht zurückstoßen und die Gefahr, in der er sich befindet, dadurch erhöhen darf, von dem eigenen Verschulden nicht entlastet wird. Abwegig ist es ebenso, wenn das Berufungsgericht für die Ursache des Ausgleitens des Klägers die Vermutung aufstellt, daß das Trittbrett oder die Perronstange des Motorwagens oder sonst ein Teil der Betriebseinrichtungen des Wagens nicht in Ordnung gewesen sei. Dergleichen die Betriebsgefahr erhöhende Umstände sind vom Kläger selbst gar nicht behauptet, der vielmehr nur vorbringt, daß der Wagen plötzlich in schnellere Bewegung versetzt worden sei, ein Vorbringen,

das das Berufungsgericht nicht für erwiesen erachtet und das auch eine Minderung des Verschuldens des Klägers im Verhältnis zur Betriebsgefahr darzutun nicht geeignet ist. Eine solche Vermutung kann nicht die Stelle einer Feststellung vertreten und ihre Widerlegung von der Beklagten zu fordern, erscheint in keiner Weise angängig. Wie die Revision zutreffend bemerkt, erklärt sich das Ausgleiten des Klägers ganz natürlich dadurch, daß er zu kurz sprang und auf dem Trittbrette nicht festen Fuß fassen konnte; darin, daß dies beim Versuche des Aufspringens öfters vorzukommen pflegt, ist gerade die große Gefährlichkeit des Aufspringens begründet.

Unter diesen Umständen war mit dem Landgericht das eigene Verschulden des Klägers an dem Unfall für derart überwiegend anzusehen, daß ihm der ganze Schaden nach BGB. § 254 Abs. 1 allein aufzuerlegen war."

289. Eigenes Verschulden des Verletzten, der kurz vor einem fahrenden Zuge vorüberzulaufen versucht (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 10. Febr. 08, VI 175/07.

„Das Berufungsgericht hat die Einrede der höheren Gewalt mit zutreffenden Gründen zurückgewiesen; die Revision der Beklagten ist auf diese Einrede nicht zurückgekommen. Es ist aber auch den Ausführungen im angefochtenen Urteil beizutreten, mit denen dargelegt wird, daß der Unfall durch ein Verschulden der Klägerin verursacht worden ist. Die Revision der Klägerin beanstandet zwar die Feststellung, daß die Klägerin in einer Entfernung von einem oder höchstens drei Metern vor dem Eisenbahnzug vorüberzulaufen versucht habe, allein mit Unrecht; denn ihre Begründung findet diese Feststellung in den Aussagen der Zeugen K. und N. und auch das einschlagende Parteivorbringen ist vollständig gewürdigt worden. Frei von Rechtsirrtum ist auch die Darlegung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit ihrer Handlungsweise erforderliche Einsicht besessen habe.

Unstreitig ist die Klägerin beim Überschreiten der Geleise gefallen, weil sie über die über dem Straßenniveau gelegenen Schienen stolperte; eine Feststellung dahin, daß sie, wenn sie nicht gestolpert wäre, trotzdem vom Zuge erfaßt worden sein würde, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Revision der Klägerin geht vom Gegenteil aus und macht geltend, unter dieser Voraussetzung könne die Klägerin ein für den Unfall kausales Verschulden nur dann treffen, wenn sie nach dem Maße ihrer Einsicht die Möglichkeit habe voraussehen können, daß sie über die Schienen stolpern werde; an einer derartigen Feststellung fehle es aber. Auch diese Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß der Versuch, in einer Entfernung von 3 m vor einem mit erheblicher Geschwindigkeit fahrenden Eisenbahnzug vorüberzulaufen, in hohem Grade gefährlich und grob fahrlässig ist, daneben bedurfte es nicht noch der Feststellung, daß die Klägerin sich bewußt war oder bewußt sein mußte, sie könnte aus irgend einem anderen Grunde stolpern. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind aber auch dahin aufzufassen, daß die Klägerin mit dieser Möglichkeit rechnen konnte und mußte. Schon hierdurch unterscheidet sich der zur Entscheidung stehende Fall von demjenigen, der dem von der Revision angezogenen Urteil des erkennenden Senats Reg. VI 24/06 vom 18. Okt. 06 zugrunde lag."

290. Verletzung des Pferdebesitzers, der sein in einen Gasthofsstall eingestelltes Pferd aufsucht, durch ein in denselben Stall eingestelltes anderes Pferd. Vertragsmäßige Haftung des Gasthofsbesitzers? (BGB. §§ 254, 276, 278, 833). Urt. vom 2. März 08, IV 340/07.

„Der Beklagte W. ist Pächter eines Gasthofs. In einem der zu dem Gasthofe gehörigen Ställe stellte der Kläger am 3. Dezember 1904 sein Pferd ein. Der Hausknecht, der Beklagte B., verbrachte das Pferd in einen andern Stall. Um die Mittagszeit wollte Kläger seinem Pferde Futter bringen. In dem

Stalle, wohin das Pferd verbracht worden war, standen rechts und links Pferde; das Pferd des Klägers war im letzten Stand. Als Kläger zu seinem Pferde gehen wollte, schlug das zunächst der Türe stehende Pferd des Beklagten M. aus und verletzte den Kläger am rechten Arm. Der Kläger verlangt Schadensersatz.

Soweit die Revision Verletzung der Vorschrift des BGB. § 254 rügt, erscheinen ihre Angriffe begründet. Schon die Annahme ist nicht unbedenklich, daß der Beklagte V. aus dem Grunde für den Schaden haftbar sei, weil er nicht die Möglichkeit in Betracht gezogen habe, daß ein Schläger in den Stall eingestellt werde. Der Berufungsrichter hat sich die Frage nicht vorgelegt, ob Beklagter V. nicht hätte annehmen dürfen, derjenige, der ein zum Ausschlagen geneigtes Pferd einstelle, werde selbst dafür sorgen, daß das Tier einen Stand erhalte, wo es keinen Schaden anrichten könne und jeder, dem bekannt sei, daß ein Pferd zum Ausschlagen geneigt sei, werde vermeiden, ihm nahe zu kommen. Jedenfalls ist es verfehlt, wenn der Berufungsrichter annimmt, das Verschulden der beiden Parteien sei für gleich zu erachten. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters ist dem Kläger, als ihm gezeigt wurde, wo sein Pferd stehe, gesagt worden, er solle sich vor dem ersten Pferde rechts in acht nehmen. Daß der Stall eng und auf beiden Seiten mit Pferden bestellt war, konnte er sehen. Gerade die Gefahr, die nach der Annahme des Berufungsrichters der Beklagte V. als möglich hätte in Berücksichtigung ziehen sollen, war dem Kläger als tatsächlich vorhanden bekannt. Wenn Kläger demungeachtet und obwohl er die Fütterung seines Pferdes dem Hausknecht hätte überlassen oder verlangen können, daß eine den eingestellten Pferden vertraute Person ihn begleite, allein den schmalen Gang betrat und dem ihm als gefährlich bezeichneten Pferde so nahe kam, daß es beim Ausschlagen ihn treffen konnte, so ist der Unfall, wenn er nicht völlig auf das Verhalten des Klägers zurückzuführen ist, doch so vorwiegend von ihm verursacht, daß der Berufungsrichter die Klage gegenüber dem Beklagten V. hätte abweisen sollen."

291. Verletzung beim Streicheln eines mit Bißwunden bedeckten fremden Hundes. Verschulden des Verletzten (BGB. §§ 254, 833). Urt. vom 20. Febr. 08, IV 337/07.

„Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts ist in tatsächlicher Hinsicht folgendes festgestellt worden. Die Ehefrau des Beklagten hatte mit dessen Einverständnis für den Abend des 18. Juni 1905 die Klägerin und deren Schwester auf ihre Veranda eingeladen. Die Erschienenen wurden in das sog. Bauernzimmer geführt und dort von dem Beklagten und dessen Ehefrau begrüßt. Nachdem diese sich aus dem Zimmer entfernt hatten, blieben die Klägerin, die 18jährige Tochter des Beklagten E. und drei jüngere Kinder des Beklagten in dem Zimmer. Dort lag der ziemlich große Hund des Beklagten, der sich bisher Menschen gegenüber als gutartig, anderen Hunden gegenüber aber als sehr bissig erwiesen hatte. Mit Bezug auf diesen Hund wurde der Klägerin von den Kindern des Beklagten mitgeteilt, der Hund sei krank, er sei von einem anderen Hunde gebissen worden. Darauf machte die Klägerin eine bedauernde Bemerkung, sie nannte hierbei den Namen des Hundes, ohne ihn heranzurufen. Nunmehr erhob sich der Hund, der vorher nicht im Zimmer umhergesprungen war, ging auf die Klägerin zu und drückte sich an sie. Darauf streichelte sie den Hund, der dann plötzlich aufheulte und sie in die Wange biß. Auf Grund dieses Sachverhalts hat das Berufungsgericht den Beklagten als Tierhalter in vollem Umfang für haftbar erklärt, es hat verneint, daß bei der Entstehung des Schadens ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin mitgewirkt habe, indem es darauf hinweist, daß der Hund sich ihr zutraulich genähert habe und daß die Kinder des Beklagten durch Unterlassung einer Warnung ihre Ansicht zum Ausdrucke gebracht hätten, in der Berührung des Hundes liege keine Gefahr. Soweit jegliches Mitverschulden der Klägerin abgelehnt worden ist, wird, wie die Revision unter Hinweis auf das festgestellte

Streicheln mit Recht rügt, der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verkannt. Wer einen mit Bißwunden bedeckten, ihm bisher fremden Hund, auch wenn derselbe in zutraulicher Weise herankommt, streichelt, begeht eine Unvorsichtigkeit, denn es besteht die Gefahr, daß der Hund durch eine ihm Schmerzen bereitende Berührung einer Wunde gereizt wird. Dies mußte bei dem hier in Rede stehenden Vorgang der Klägerin, einer damals im Alter von 35 Jahren stehenden Erzieherin, bewußt sein, auch wenn die Kinder des Beklagten, insbesondere die 18jährige Tochter E., es unterließen, bei der Annäherung des Hundes noch besonders vor einer Berührung zu warnen. Eine Mahnung zur Vorsicht war tatsächlich bereits in der kurz vorher der Klägerin gemachten Mitteilung enthalten, der Hund sei krank und von einem anderen Hunde gebissen worden. Andererseits ist es unzutreffend, wenn die Revision eine gesteigerte Unvorsichtigkeit aus der in dem Bauernzimmer herrschenden Dunkelheit herleiten will. Nach der von der Revision in Bezug genommenen Darstellung der Klägerin war es erst halbdunkel in dem Zimmer, die Tochter des Beklagten E., deren Zeugenaussage das Berufungsgericht für maßgebend erklärt, ist auch in der Lage gewesen, bestimmte und deutliche Wahrnehmungen über die Vorgänge in dem Zimmer zu bekunden.

Hiernach ist die Vorschrift des BGB. § 254 Abs. 1 durch Nichtanwendung verletzt worden und eine Aufhebung des Berufungsurteils geboten. Einer Zurückverweisung bedurfte es nicht, da nach dem bedenkenfrei festgestellten Sachverhältnis die Sache zur Endentscheidung reif ist. Bei Prüfung der Frage, inwieweit der Schaden vorwiegend von der Klägerin verursacht ist oder dem Beklagten, als Halter des Hundes, zur Last fällt, waren die vom Berufungsgericht festgestellten Umstände in Betracht zu ziehen. Bei der sich kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Beklagten für den letzteren aus BGB. § 833 ergebenden Haftung kann zwar eine Vergleichung des Verschuldens beider Teile nicht Platz greifen, wohl aber ist das Maß der Verschuldung der verletzten Klägerin von Bedeutung. Nach den festgestellten Umständen, unter denen sich der Vorfall abgespielt hat, ist das Verschulden der Klägerin nur als ein mäßiges zu bezeichnen. Es erschien daher angemessen, in Anwendung des BGB. § 254 Abs. 1 den Klaganspruch dem Grunde nach zu $^3/_4$ für gerechtfertigt zu erklären, während der weitergehende Klaganspruch abzuweisen war."

292. Pflicht des Rechtsanwalts, die Rechte seiner Partei nach Möglichkeit zu wahren (BGB. § 276). Urt. vom 28. Febr. 08, III 283/07.

„Die Revision ist unbegründet. Denn nicht darin ist das Verschulden gefunden, daß Beklagter sich über den Ablauf der Verjährung geirrt hat, sondern darin, daß er, obwohl ihm die Möglichkeit, daß seine Rechtsansicht irrig sei, zum Bewußtsein gekommen war und bei sorgsamer Erwägung zum Bewußtsein kommen mußte, dennoch nicht so gehandelt hat, daß — was durch alsbaldige Zustellung der Klage ohne weiteres und ohne jeden Nachteil zu erreichen war — auch für den Fall, daß seine Rechtsansicht irrig sein sollte, die Klägerin vor Schaden bewahrt blieb. Dies liegt in der Pflicht des Anwalts, die Rechte seiner Partei nach Möglichkeit zu wahren."

293. Beginn der Vertragspflicht des Eisenbahnunternehmers zur Gewährung sicheren Zugangs. Wann bedient sich der Schuldner einer Person „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit"? Tatsächliche Vermutung für ungenügende Ausführung von Schutzmaßregeln (BGB. §§ 276, 278, 823, 831). Urt. vom 23. Jan. 08, VI 215/07.

„Daß der Beförderungsvertrag den Eisenbahnunternehmer verpflichtet, für die Sicherheit der Personen, deren Beförderung von Ort zu Ort er übernommen hat, nicht nur während der eigentlichen Reise in den der Beförderung

dienenden Fahrwerkzeugen, sondern auch bei Benutzung der Ausgänge, die der Reisende beim Verlassen des Zuges und des Bahnhofs passieren muß, Sorge zu tragen, ist in wiederholten Entscheidungen des Reichsgerichts ausgesprochen worden (RGZ. 55, 335; 4, 192; JW. 04, 484 Nr. 6; 05, 185 Nr. 36, 426 Nr. 4). Der Zugang zu den Zügen durch die Bahnhofsräume muß unter demselben Gesichtspunkte betrachtet werden; nur kommt in Betracht, daß, bevor durch Lösung einer Fahrkarte der Vertrag mit dem Eisenbahnunternehmer geschlossen ist, von einer vertragsmäßigen Haftung des letzteren nicht wohl gesprochen werden kann, so daß der Weg bis zu den Fahrkartenschaltern der Regel nach außerhalb des Vertrages fällt. Wenn aber, wie im gegebenen Falle, der Reisende zu dem Unternehmer in das Vertragsverhältnis, das diesen zur Beförderung verpflichtete, bereits getreten war, müssen naturgemäß ebenso wie die Räume, die als die vertragsmäßig zur Verfügung gestellten Ausgänge in verkehrssicherem Zustande zu erhalten sind, auch diejenigen, die als Zugänge zu den Zügen dienen, nach Maßgabe des Vertrages den Reisenden in sicherem Zustande bereitgehalten werden; zumeist wird es sich hier um dieselben Räume handeln, die auch für die Ausgänge bestimmt sind. Auf Grund des geschlossenen Vertrages ist der Reisende berechtigt, in dem von dem Eisenbahnunternehmer für den Verkehr der zu- und abreisenden Personen eingerichteten Gebäuden und Räumlichkeiten einen sicheren Zugang zu den von ihm zu benutzenden Zuge zu beanspruchen. Die Meinung des Beklagten, daß seine Vertragspflicht erst mit dem Augenblick und an der Stelle beginne, wo der Reisende die Bahnsteigsperre passiere, ist irrig. Die Sperre ist von dem Beklagten zur Erleichterung der Fahrkartenkontrolle in seinem Interesse eingeführt und weder für den Anfang noch für das Ende der Vertragspflichten von maßgebender Bedeutung.

Ein vertragswidriger, der Sicherheit der die Bahnhofshalle passierenden Personen Gefahr drohender Zustand des Fußbodens dieser Halle am Morgen des Unfalles ist seitens des Berufungsgerichts festgestellt. Die Eisenbahnverwaltung, welche ihrer Vertragspflicht somit nicht genügt hat, trifft die Beweislast, daß sie ohne Verschulden an dem vertragswidrigen Zustand und dem durch ihn eingetretenen Unfalle sei, daß sie die ihr obliegende Sorgfalt in der Unterhaltung eines verkehrssicheren Zustandes der Halle geübt habe und, sofern es nicht an den geeigneten Anordnungen, wohl aber an der ordnungsmäßigen Ausführung der letzteren gefehlt hat, daß weder ihre gesetzlichen Vertreter noch die von ihr bei der Ausführung des Vertrages benutzten Hilfspersonen ein Verschulden trifft (BGB. § 278). Die Tragweite des BGB. § 278 beschränkt sich nicht auf die Vertragsleistung im engeren Sinne. Zur „Erfüllung der Verbindlichkeit" i. S. des BGB. § 278 gehört vielmehr alles, was aus dem Vertrage von dem Vertragsschuldner verlangt werden kann; überall, wo der Schädiger selbst dem Verletzten nach Maßgabe des Vertrages gerecht werden muß und ihn nicht auf die Haftungsgrundsätze für unerlaubte Handlung verweisen kann, muß er auch für seine Gehilfen nach BGB. § 278 einstehen und kann sich nicht auf die Sorgfalt bei ihrer Auswahl berufen, er muß zu seiner Entlastung nachweisen, daß diese Personen bei Ausführung der zur Erfüllung des Vertrages dienenden Handlung nicht der Vorwurf eines Verschuldens trifft (RGZ. 55, 335; 65, 17; JW. 04, 484 Nr. 6; 05, 426 Nr. 4). Im gegebenen Falle war das Streuen vom Beklagten angeordnet und es war auch gestreut worden. Aber das Streuen, so wie es ausgeführt worden war, war zur Verhütung von Unfällen nicht ausreichend, wie sich daraus ergibt, daß außer dem Kläger noch zwei andere Personen an demselben Morgen an demselben Orte zu Falle gekommen sind. Wenn drei Personen auf demselben Zugange des Bahnhofs um dieselbe Zeit fallen, so kann von einem von niemandem zu vertretenden Zufalle nicht mehr die Rede sein, die Tatsache weist vielmehr auf eine ungenügende Ausführung der Schutzmaßregeln zur Sicherheit der Passanten seitens des Eisenbahnunternehmers hin. Wenn aus

diesem Grunde das Berufungsgericht aus dieser Tatsache auf eine Verabsäumung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der verkehrssicheren Unterhaltung des Bahnhofszuganges, die der Beklagte vertragsmäßig zu gewähren hatte, und bei der Ausführung der Schutzmaßregel des Streuens schließt, so kann ihm hierin nicht entgegengetreten werden."

294. Verletzung beim Trinken aus einer in einem Materialwarengeschäft gekauften Flasche, die anstatt des verlangten Selterswassers Natronlauge enthält. Haftung des Geschäftsinhabers und des Geschäftsführers. Beweislast für ihr Verschulden (BGB. §§ 276, 278, 823 Abs. 1, 831). Urt. vom 13. Febr. 08, VI 172/07.

„Der Kläger hat am 21. April 1904 in dem Kaufladen der Beklagten eine Flasche Selterswasser verlangt, die ihm darauf von der Ehefrau C. gebrachte Flasche geöffnet und daraus sogleich im Laden einen Schluck genommen und sich hierdurch, da die Flasche nicht Selterswasser, sondern eine ätzende Lauge (Natronlauge) enthielt, eine schwere Verbrennung der Speiseröhre und des Magens zugezogen. Er macht die Beklagten für den ihm verursachten Schaden verantwortlich.

Die fragliche Selterswasserflasche ist von der Ehefrau C. aus dem Keller geholt, und zwar, wie nach ihrer Angabe angenommen ist, dort dem Regale entnommen worden, in welches der B.sche Kutscher regelmäßig das Selterswasser gelegt und wo die Flasche neben anderen, mit Selterswasser gefüllten Flaschen gelegen hatte. Im übrigen ist bisher nicht aufgeklärt worden, wann, wie und durch wen diese Flasche in den Keller des Beklagten gekommen war. Der Kläger behauptet, der Ehemann C., der im Oktober 1902 von dem Kaufmann L. in B. eine Literflasche mit Kalilauge oder Natronlauge — zum Reinigen von Bierapparaten — gekauft hatte, habe, als L. einige Monate darauf die leere Flasche zurückforderte, den noch zum größten Teil vorhanden gewesenen Inhalt in andere Flaschen, insbesondere in die, in der Folge dem Kläger ausgehändigte, Selterswasserflasche umgefüllt, ohne diese Flasche besonders zu kennzeichnen. Die Beklagten bestreiten dies und meinen, die Flasche könnte nur mit der einige Tage vor dem Unfalle erfolgten Lieferung B.s in den Keller geraten sein, — möglicherweise auch durch den Bubenstreich eines Dritten; das letztere wie das erstere ist jedoch nach Ansicht des Berufungsgerichts sehr unwahrscheinlich.

Das Berufungsgericht erachtet nun eine Haftung des beklagten Ehemanns C. aus BGB. § 823 Abs. 1, wie auch aus § 831 nur in dem Falle für begründet, wenn der tatsächliche Hergang der wäre, wie er vom Kläger behauptet und wie er jetzt zum richterlichen Eide des Beklagten verstellt ist. Eine Haftbarkeit der beklagten Ehefrau C. dagegen findet es in keinem Falle für begründet. Die Revision rügt Verletzung des BGB. §§ 823, 276, 278 sowie der Grundsätze über Beweislast. Es stehe fest, daß in dem vom beklagten Ehemann C. betriebenen und von der Ehefrau mit geführten Materialwarengeschäfte an den Kläger eine Flasche mit giftiger Flüssigkeit verkauft und verabreicht, hierdurch aber der Kläger geschädigt worden sei. Wenn es nicht aufgeklärt sei, wie die Flasche unter die Waren der Beklagten gekommen war, so könne dieser Umstand nicht den Beklagten zustatten kommen. Von dem Inhaber und dem Geschäftsführer eines derartigen Betriebes müsse der Verkehr eine solche Kenntnis der auf Lager befindlichen Waren verlangen, daß die irrige Verabreichung eines Giftes nicht vorkommen könne. Eine Verwechselung sei hier erfahrungsgemäß nur dann möglich, wenn die nötige Sorgfalt außer acht gelassen worden sei. Es sei daher prima facie ein Verschulden der Beklagten dargetan. Sache des Verkäufers sei es in einem derartigen Falle, seine Nichtschuld zu erweisen, wie das der erste Richter durchaus zutreffend ausgeführt habe. Auch die beklagte Ehefrau C., welche den Verkauf bewirkt habe, sei aus diesem Gesichtspunkte ohne weiteres verantwortlich zu

machen. Der Ehemann aber hafte diesfalls schon nach BGB. § 278 unbedingt, denn die Überreichung der verderblichen Flasche an den Kläger sei erfolgt in Erfüllung eines Kaufvertrages durch die Erfüllungsgehilfin des Verkäufers. Auf den richterlichen Eid des Beklagten könne es daher nicht ankommen.

Der Angriff ist, soweit es den Beklagten Hermann C. betrifft, als berechtigt anzuerkennen. Richtig ist zunächst, daß nach dem vom Kläger vorgebrachten, in dieser Beziehung auch wohl tatsächlich unstreitigen Sachverhalt eine Haftung des Beklagten nicht bloß aus unerlaubter Handlung, sondern auch aus Vertrag in Frage steht. Der Kläger hat mit dem Beklagten durch die, von der Ehefrau in Vertretung des Beklagten angenommene Bestellung einer Flasche Selterswasser einen Kauf abgeschlossen; mit der Ausfolgung der Flasche an den Kläger sollte der Kauf seitens des Verkäufers erfüllt werden und hierzu hat sich der Beklagte seiner Ehefrau, der Geschäftsführerin in dem Laden, als Gehilfin bedient. Durch diese, zur Ausführung des Vertrages vorgenommene Handlung ist die Verletzung des Klägers herbeigeführt worden. In einem derartigen Falle findet hinsichtlich der Ersatzpflicht für den verursachten Vermögensschaden eine Konkurrenz des kontraktlichen mit dem deliktischen Anspruche statt (vgl. Staudinger, Kommentar, Vorbem. III zu Tit. 25 S. 850 f.; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbem. zu Tit. 25 Nr. 5 a, 8, 8 S. 939; Kipp, DJZ. 03, 256 Sp. 1; Crome, DJZ. 04 S. 14, 15). Die vertragliche Haftung hat aber außer der Rechtsfolge der Verantwortlichkeit des Vertragsschuldners für das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen nach BGB. § 278 noch eine weitere Bedeutung, nämlich für die Beweislast. Es mag zwar zugegeben werden, daß dem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Vertragsschuldner, wenn es sich nicht um Unmöglichkeit der Leistung (BGB. § 282) oder um schuldhafte Nichterfüllung, sondern um anderweite Schädigung, wie bei den sog. positiven Vertragsverletzungen handelt, nicht unbedingt und unter allen Umständen die Beweislast für Beobachtung der schuldigen Diligenz aufzubürden ist (vgl. RGZ. 54 S. 100, 101 Nr. 29 und früher RGZ. 10, 167 Nr. 45; 11, 134 Nr. 25). Allein wenn, wie im vorliegenden Falle, der Schaden von dem Vertragsschuldner durch eine nicht bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses, sondern gerade zwecks der Erfüllung vorgenommene Handlung den Akt oder die Beschaffenheit der Vertragsleistung angestiftet worden ist, so ist unbedenklich von dem Beklagten der Nachweis, daß er die geschuldete Sorgfalt angewendet habe, für den Bereich der vertraglichen Schadensersatzpflicht zu verlangen. Hierzu treten aber in einem Falle der vorliegenden Art die weiteren Erwägungen, welche der erste Richter für eine Haftung aus BGB. § 823 angestellt hat und die um so eher für eine kontraktliche Verantwortlichkeit Platz greifen müßten. In dem unstreitigen Hergang, wonach dem Kläger in dem Ladengeschäfte des Beklagten anstatt Selterswasser eine giftige Substanz verabreicht worden ist, steht objektiv ein Sachverhalt fest, der nach der allgemeinen Anschauung und Erfahrung im Verkehrsleben für die Regel kaum anders, als daraus sich erklären läßt, daß es in dem betreffenden Geschäfte an der nötigen Ordnung oder Aufsicht, an solchen Einrichtungen oder Anordnungen, wodurch derartigen gefährlichen Verwechselungen vorgebeugt wird, gefehlt haben muß. Hier kann nicht dem Käufer der für ihn gewöhnlich fast unmögliche Nachweis zugemutet werden, daß der ihm abgegebene schadenbringende Gegenstand durch Verschulden des Geschäftsinhabers oder seiner Angestellten unter die Waren des Verkäufers geraten und ausgehändigt worden sei. Vielmehr ist von dem Verkäufer und Gewerbetreibenden solchenfalls und zumal wenn es den Verkauf von Nahrungs- oder Genußmitteln betrifft, zu verlangen, daß er seinerseits die Umstände darlegt, welche die Annahme eines ihm oder seiner Gehilfen zur Last fallenden Verschuldens zu beseitigen geeignet sind. — Auch für die außerkontraktliche Haftung kann, wenngleich hier grundsätzlich dem Kläger die Beweispflicht obliegt, doch einer durch Erfahrungstatsachen etwa begründeten faktischen Vermutung Rechnung getragen werden."

295. Das Verschulden beim Verzug ist nicht unbedingt dadurch ausgeschlossen, daß der Verpflichtete den Vertrag dahin auslegt, als sei er nicht zur Leistung verpflichtet (BGB. § 285). Urt. vom 4. Febr. 08, III 264/07.

„Die Revision macht ferner geltend, daß, um den Beklagten in Verzug zu setzen, eine Mahnung hätte erfolgen müssen. Dieser Angriff findet dadurch seine Erledigung, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Mahnung tatsächlich erfolgt ist. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Annahme des Berufungsgerichts zutrifft, daß eine festbestimmte Leistungszeit, wie BGB. § 284 Abs. 2 sie erfordert, vereinbart sei (vgl. RGZ. 60, 84). Die Mahnung konnte mit der Setzung einer Nachfrist und der Rücktrittserklärung rechtswirksam verbunden werden (vgl. RGZ. 50 S. 255, 261, 262; Urt. des RG. vom 8. Nov. 04, SeuffA. 57, 443 und vom 20. Sept. 04, JW. 04, 536 Nr. 3). Im weiteren behauptet die Revision, daß im Hinblick auf BGB. § 285 habe geprüft werden müssen, ob nicht eine Schuld des Beklagten mit Rücksicht auf die Zweifelhaftigkeit des Vertrages hinsichtlich der Vorauszahlung zu verneinen sei. Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt; denn wenn der Beklagte der Meinung gewesen sein sollte, daß seine Vertragsauslegung richtig sei, so war doch die Verzögerung der Leistung von dem Augenblicke an eine schuldhafte, als er durch das Schreiben der Klägerin vom 16. Sept. 04 deren abweichende Auffassung erfuhr und sich danach sagen mußte, daß seine Meinung auch unrichtig sein könne."

296. Unzulässigkeit gleichzeitiger endgültiger Annahmeverweigerung und Zurückhaltung der eigenen Leistung (BGB. §§ 320, 273). Urt. vom 3. März 08, II 556/07.

„Ein Kontrahent, welcher die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach BGB. §§ 320, 273 seine Leistung bis dahin, daß die Gegenleistung bewirkt sei, verweigern. Die bloß aufschiebende Einrede aus § 320, auf die sich nur der vertragstreue Kontrahent berufen kann, und endgültige Weigerung der Annahme der Gegenleistung wegen angeblicher Vertragswidrigkeit stehen in unversöhnlichem Widerspruche."

297. Ist der Mieter verpflichtet, den Umfang des Heizens und Lüftens nach der Feuchtigkeit des Hauses zu bemessen? (BGB. §§ 320 Abs. 2, 548). Urt. vom 4. Febr. 08, III 384/07.

„Beklagter hat von dem am 1. Januar 1904 und 1. April 1904 fälligen Mietzins von je 875 ℳ nur 500 bzw. 625 ℳ bezahlt und die Beträge von 375 ℳ und 250 ℳ wegen Baumängeln zurückbehalten. Das Berufungsgericht findet hierin einen Verstoß gegen Treu und Glauben i. S. von BGB. § 320 Abs. 2, indem es gleichzeitig feststellt, daß nur eine Mietzinsminderung von im ganzen 100 ℳ für die noch in Betracht kommende Mietzeit angemessen sei. Das Berufungsgericht geht hierbei davon aus, daß zwar geringe bauliche Mängel, die die Kläger zu vertreten haben, vorhanden seien, daß aber das Verhalten des Beklagten in erster Linie den Zustand der Gebäulichkeiten veranlaßt habe. Diese Feststellungen sind rechtlich und prozessualisch unhaltbar.

Es ist allerdings der Revisionsangriff, daß das Berufungsgericht die einzelnen baulichen Mängel nicht feststelle, unbegründet, indem in dem jetzt angefochtenen Urteil das frühere Berufungsurteil vom 14. Juli 05 als vorgetragen bezogen ist und in letzterem (Ausfertigung S. 11, 12) die einzelnen Baumängel erörtert sind, daher angenommen werden muß, daß die Ausführungen des jetzigen Berufungsurteils sich auf letztere beziehen. Dagegen ist schon die ganze Grundlage des Berufungsurteils insofern eine verfehlte, als diese sich auf das Gutachten des P. und Genossen stützt, dieses Gutachten aber nach der Feststellung im jetzt angefochtenen Berufungsurteil (Ausfertigung S. 11) davon

ausgeht, daß sich bauliche Mängel nicht feststellen ließen: eine Annahme, welche das Berufungsgericht selbst als unrichtig bezeichnet. Sind aber Baumängel vorhanden, so ist damit die Verantwortlichkeit der Kläger für die Feuchtigkeit an sich gegeben. Für diese letztere ist der Beklagte nur insoweit verantwortlich, als sie durch einen vertragswidrigen Gebrauch der gemieteten Sache verursacht worden ist. Das Berufungsgericht sieht nun allerdings als erwiesen an, daß Beklagter nicht ausreichend gelüftet und geheizt habe, hierdurch aber die dem Hause schädliche Feuchtigkeit über das durch die Baumängel verursachte Maß vermehrt worden sei. Allein das Berufungsgericht stellt hierbei zu hohe Anforderungen an die Mieter. Zunächst wird gar nicht berücksichtigt, daß es sich um eine Wirtschaft handelt und also Lüften und Heizen nur innerhalb der durch deren Zwecke gebotenen Grenzen in Betracht kommen. Überhaupt bestimmen sich diese Grenzen in erster Linie nach dem normalen Bedürfnisse des Mieters und kommen daher Lüften wie Heizen dem Gebäude nur indirekt zugute. Es ist deshalb ganz gleichgültig, ob, als Kläger das Haus bewohnten, das letztere nicht feucht oder weniger feucht als bei dem Beklagten war, denn Kläger hatten als Eigentümer ein Interesse daran, das Haus auszutrocknen und die durch die Baumängel hervorgerufene Feuchtigkeit zu beseitigen, während in dieser Beziehung Beklagter keinerlei Pflicht hatte."

298. Zum Begriff der nachträglichen wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse. Wann muß sie vorliegen, um die Verweigerung der Vorleistung zu rechtfertigen? (BGB. § 321). Urt. vom 11. Febr. 08, II 494/07.

„Dagegen gibt das Berufungsurteil insoweit zu rechtlichen Bedenken Anlaß, als die Einrede aus BGB. § 321 zurückgewiesen ist. Der Beklagte hatte in zweiter Instanz u. a. geltend gemacht und, abgesehen von einer Eideszuschiebung, durch mehrere als Zeugen benannte Lieferanten zum Beweise verstellt, die Klägerin, die damals nur mit einem Stammkapitale von 30000 ℳ gearbeitet habe, habe in der Zeit zwischen Abschluß des Kaufes und dem Zeitpunkte der Lieferungsverpflichtung Ankäufe gemacht, die ihr Geschäftskapital um ein Vielfaches überstiegen hätten, und zwar Einkäufe zu Fakturenbeträgen und mit Zahlungsfristen, die sie nicht habe einhalten können und die ohne Nachsicht ihrer Gläubiger jederzeit zu einer Zahlungseinstellung hätten führen können und müssen; Geld sei an den Zahlungsterminen von der Klägerin nicht zu erlangen gewesen und erst nach mehrfacher Mahnung und Fristbewilligung sei gezahlt worden. Dieses Beweiserbieten ist von dem Berufungsgericht für unerheblich erklärt worden mit folgender Erwägung: Da unbestritten die betreffenden Gläubiger nachher ihr Geld bekommen hätten, so handele es sich lediglich um eine auf übermäßigem Warenbezug beruhende vorübergehende teilweise Unterlassung fälliger Zahlungen, die sich durch Fristbewilligung erledigt habe. Der eigentliche Vermögensbestand sei, da der größere Warenbestand die größeren Verpflichtungen dem Werte nach ausglich, derselbe geblieben und der allgemeine Kredit könne durch eine derartige sich nur unter den Beteiligten abspielende Stundung nicht wesentlich gelitten haben.

Die Erwägung des Berufungsgerichts, der eigentliche Vermögensbestand sei derselbe geblieben, da der größere Warenbestand die größeren Verpflichtungen dem Werte nach ausgeglichen habe, legt den Gedanken nahe, daß das Berufungsgericht die Frage, ob nach dem Vertragsabschlusse in den Vermögensverhältnissen der Klägerin eine wesentliche Verschlechterung eingetreten sei, zu einseitig vom juristischen Standpunkte aus beurteilt hat, während bei der Beurteilung wesentlich wirtschaftliche Gesichtspunkte und die Verkehrsauffassung in Betracht kommen müssen. Die Bestimmung des BGB. § 321 beruht auf dem Gedanken, nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen gehe derjenige, der sich zur Vorleistung verpflichte, von der Voraussetzung aus, daß die Gegenleistung nachfolgen werde. Treffe diese Voraussetzung später infolge von Umständen, welche nach dem Vertragsschluß eine wesentliche Ver-

schlechterung der Vermögenslage des zur Gegenleistung Verpflichteten herbeiführen, nicht mehr zu, so fordere die Billigkeit, den zur Vorleistung Verpflichteten von dieser Verpflichtung zu entbinden und ihm die Leistung nur gegen Gegenleistung oder gegen Sicherstellung zuzumuten (Prot. I, 631). Zur Anwendung von BGB. § 321 ist hiernach erforderlich, aber auch ausreichend, daß infolge einer nach dem Vertragsschluß eingetretenen wesentlichen Vermögensverschlechterung die Besorgnis begründet ist, daß die Gegenleistung gefährdet erscheint. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, darüber entscheidet die Verkehrsauffassung, nicht die individuelle vielleicht übertriebene Besorgnis des zur Vorleistung Verpflichteten. Juristisch betrachtet bildet nun allerdings beim Kauf die Ware stets das Äquivalent für den Preis. Wirtschaftlich können jedoch Ware und Preis einen verschiedenen Wert haben, sei es, daß der Käufer über oder unter dem gemeinen Wert gekauft hat, sei es, daß die Ware in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Lieferung im Werte gestiegen oder gesunken ist. Es versteht sich daher von selbst, daß die juristische Gleichstellung beider Werte wirtschaftlich zu unrichtigen Ergebnissen führen kann. Hiervon abgesehen, bestimmt sich die gute oder schlechte Beschaffenheit der Vermögenslage nicht lediglich nach der Höhe der Aktiven und Passiven, auch nicht bloß nach dem Verhältnis des Betrages der Passiven zu der Höhe der Aktiven, sondern hierfür kommt noch weiter in Betracht einesteils die größere oder geringere Realisierbarkeit der Aktiven, die Flüssigkeit der Mittel und anderenteils die Zeit der Fälligkeit der Schulden. Ein Geschäftsmann, der in einem bestimmten Zeitpunkte eine Anzahl erheblicher Posten bezahlen muß, aber auch nur deshalb nicht bezahlen kann, weil es ihm nicht gelingt, durch Realisierung seiner Aktiven die erforderlichen Zahlungsmittel sich zu beschaffen, befindet sich, mögen seine Aktiven die Schulden noch so weit übersteigen, in einer verhältnismäßig schlechten Vermögenslage und in Gefahr, in Konkurs, der eine Überschuldung nicht voraussetzt, mit allen daraus erwachsenden Schäden und Kosten zu geraten (KO. § 102). Die Zahlungsunfähigkeit macht ihn von seinen Gläubigern abhängig, von deren Strenge oder Nachsicht es abhängt, ob es zum Konkurse kommt oder nicht. Eine Zahlungsstockung und namentlich die Tatsache, daß der Schuldner trotz mehrfacher Mahnung nicht gezahlt hat, sondern um Stundung hat nachsuchen müssen, kann nur die Folge haben, daß er in den beteiligten Verkehrskreisen seinen Kredit einbüßt, namentlich dann, wenn auch noch das Vertrauen auf seine Persönlichkeit oder bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf die Persönlichkeit ihres Geschäftsführers deshalb geschwächt ist, weil er erst vor einiger Zeit mit seinen Gläubigern akkordiert hat. Mit der nachträglichen Erschütterung des Kredits zerfällt nun aber auch die Grundlage für das Vertrauen, durch das sich ein Vertragsteil zur Übernahme der Vorleistung hat bestimmen lassen. Unter solchen Umständen kann ihm Vorleistung ohne Sicherheitsleistung billigerweise nicht zugemutet werden. Ob nun eine Zahlungsstockung tatsächlich zur Erschütterung des Kredits geführt hat, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Nun nimmt das Berufungsgericht zwar an, daß durch übermäßigen Warenbezug eine vorübergehende teilweise Unterlassung fälliger Zahlungen seitens der Klägerin eingetreten sei. Es verneint aber eine die Befriedigung der beklagtischen Forderung gefährdende Vermögensverschlechterung deshalb, weil der Klägerin Frist bewilligt worden sei und die betreffenden Gläubiger nachher ihr Geld bekommen hätten. Auch diese Erwägung ist rechtlich zu beanstanden. Denn sie läßt nicht erkennen, zu welcher Zeit und unter welchen Umständen Frist bewilligt und wann gezahlt worden ist. Für die Frage, ob eine wesentliche Vermögensverschlechterung der Klägerin vorlag, kam es aber auf die Zeit vom 6. August und namentlich vom 18. bis 25. August 1906 an, in welcher Klägerin unter Fristbestimmung Erfüllung von dem Beklagten verlangt und dieser sich zu entschließen hatte. Die Verhältnisse, wie sie zu dieser Zeit vorlagen, und ihre Bewertung in den beteiligten Verkehrskreisen waren daher für die Entscheidung maßgebend. War zu dieser Zeit der Kredit der Klägerin

in einem Maße erschüttert, daß nach verständiger, verkehrsüblicher Auffassung Grund zu der Besorgnis vorlag, daß die ihrerseits zu bewirkende Gegenleistung gefährdet sei, so ist es unerheblich, daß die Klägerin später gezahlt hat und wieder in bessere Vermögensverhältnisse gekommen ist. In dieser Beziehung läßt das Berufungsgericht es an der erforderlichen Aufklärung der näheren Umstände des Falles fehlen, wozu die Erhebung der von dem Beklagten erbotenen erheblichen Beweise notwendig gewesen wäre.

Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die noch von tatsächlichen Erörterungen abhängige Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

299. Kann ein Deckungskauf als Grundlage der Schadensberechnung verwertet werden, auch wenn er nicht zum Zwecke der Beschaffung der Ware geschlossen ist und obwohl die für das Ausland bestimmte Ware beim ursprünglichen Kauf in einem Freihafen zu liefern war, während nach dem Deckungskauf im Zollinland zu liefern ist? (BGB. § 326 Abs. 1). Urt. vom 18. Febr. 08, II 375/07.

„Anlangend den vom Oberlandesgericht durch Zurückweisung der Berufung gegen das Urt. des Landgerichts vom 9. Dez. 05 gleichfalls als begründet anerkannten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus dem Abschlusse vom 3. Dez. 02, so sind insoweit die Voraussetzungen des BGB. § 326 Abs. 1 rechtlich einwandfrei festgestellt und es ist hiergegen auch zur Begründung der Revision irgend ein Bedenken nicht erhoben worden. Zur Begründung derselben wird vielmehr nur geltend gemacht, daß die von der Klägerin mit W. M. abgeschlossenen Deckungskäufe nicht als Grundlage der Schadensberechnung hätten verwertet werden dürfen, einmal weil dieselben von der Klägerin in Wirklichkeit nicht zum Zwecke der Beschaffung der Ware geschlossen worden seien und sodann weil die Klägerin sich nicht, wie sie vom Beklagten gekauft hatte, lieferbar im Freihafen Hamburg, sondern lieferbar im Zollinlande, eingedeckt habe; in ersterer Hinsicht sei die beantragte Vernehmung des W. M. als Zeugen mit Unrecht abgelehnt worden. Indessen auch dieser Angriff kann keinen Erfolg haben.

Das Oberlandesgericht hat erwogen, der Beklagte habe nicht bestritten, daß jene Käufe ernstlich gemeint und bindend gewesen seien; er habe nicht behauptet, daß es sich dabei um Scheinverträge gehandelt habe. Ein Weiteres war aber nicht erforderlich, um die Deckungskäufe der Schadensberechnung zugrunde zu legen. Entscheidend ist, ob die Klägerin durch die Verträge dem W. M. rechtlich gegenüber gebunden war. Ob und welche Änderungen sich in dieser Hinsicht später ergeben haben, insbesondere ob M. sich demnächst hat bereit finden lassen, die Verträge zu stornieren, ist für die vorliegende Frage ebenso unerheblich wie die weitere Behauptung, daß die Klägerin von vornherein bei den Deckungskäufen nicht beabsichtigt habe, die Ware durch die Käufe zu erlangen. Es hätte das Moment für die Frage der Ernstlichkeit der Käufe verwertet werden können. Nachdem diese Ernstlichkeit aber nicht bestritten war und festgestellt wurde, hat die Frage des schließlichen Endzwecks der Klägerin keine Bedeutung zur Sache mehr.

Was sodann die Behauptung anlangt, die Klägerin habe sich nur in Auslandsmelasse ‚lieferbar am Kai im Freihafen zu Hamburg' eindecken dürfen, weil diese Melasse wegen des hohen Einfuhrzolles, kaufmännisch betrachtet, ‚eine viel minderwertigere Ware sei als Inlandsmelasse', so kommt in dieser Hinsicht zunächst wesentlich in Betracht, daß, wie das Oberlandesgericht feststellt, die Klägerin durch die Verträge mit M. Melasse von genau derselben Beschaffenheit kaufte, wie sie von dem Beklagten zu liefern war. Daß aber die Melasse bei gleicher Qualität einen anderen Preis gehabt hätte, je nachdem sie sich im Freihafengebiete von Hamburg oder im Zollinlande in Hamburg befand, ist in den Vorinstanzen von dem Beklagten nicht behauptet worden. Insbesondere hatte das Landgericht in dem Urt. vom 9. Dez. 05 ausdrücklich

darauf hingewiesen, daß der Beklagte eine Einwendung in der Richtung nicht erhoben habe, daß der Eindeckungspreis bei gleicher Qualität der Ware ein niedrigerer gewesen wäre, wenn die Klägerin sich frei Kai Freihafen eingedeckt haben würde. Zudem ist unbestritten, und vom Oberlandesgericht insbesondere auf Grund der persönlichen Erklärungen des Beklagten bei der mündlichen Verhandlung festgestellt, daß die Klägerin bei einer im deutschen Zollauslande befindlichen Zuckerfabrik sich nicht eindecken konnte, weil außer derjenigen des Beklagten eine solche nicht besteht. Die Art der Verwertung der Ware, mit welcher die Klägerin sich eingedeckt hatte, berührt auch für diese Frage das Verhältnis derselben zu dem Beklagten nicht; insbesondere ist es hierfür ohne Bedeutung, daß wenn Klägerin für den Fall der Lieferung der unbestritten für das Ausland bestimmten Ware im Freihafen zu Hamburg dieselbe im Inland hätte verwerten wollen, sie dann den deutschen Zoll würde bezahlt haben müssen."

300. Entrichtung der Vertragsstrafe. Freies Ermessen bei der Herabsetzung. (BGB. § 343 Abs. 1). Urt. vom 29. Jan. 08, V 238/07.

„Der Berufungsrichter verneint den ursächlichen Zusammenhang zwischen den angeblichen Bemühungen des Klägers und dem schließlich zustande gekommenen Verkauf des Grundstücks und verwirft demgemäß den ersten Klagegrund. Hiergegen ist ein Angriff nicht erhoben und liegt auch ein rechtliches Bedenken nicht vor. Die Revision beschäftigt sich lediglich mit dem zweiten Klagegrund, nämlich dem Antrage auf Herabsetzung der angeblich unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe.

Der Berufungsrichter nimmt die rechtliche Möglichkeit einer Herabsetzung der verwirkten Strafe an, und es war ihm hierin beizutreten. Nach BGB. § 343 Satz 3 ist nach Entrichtung der Strafe die Herabsetzung ausgeschlossen, das setzt aber, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, eine freiwillige, in Anerkennung der Verpflichtung gemachte Leistung voraus.

Der Berufungsrichter hat aber dem Antrage auf Herabsetzung der Strafe keine Folge gegeben, weil er die in der Verhandlung vom 11. Jan. 05 bedungene Vertragsstrafe im Hinblick darauf, daß sie den Beklagten dafür entschädigen sollte, daß er ungeachtet des Verkaufes sich noch weiter an den Vertrag gebunden hielt, für nicht übermäßig hoch erachtet. Die Berücksichtigung des Umstandes, daß Beklagter infolge des günstigen Verkaufs des Grundstücks im Endergebnis keinen Schaden erlitten, sondern noch Gewinn erzielt habe, lehnt der Berufungsrichter mit der tatsächlichen Erwägung ab, daß dieser Gewinn nicht ursächlich auf die unterlassene Vertragserfüllung zurückzuführen, sondern durch ein neues selbständiges Ereignis erzielt worden sei, dessen Eintritt der Kläger nicht herbeigeführt habe ,und auf dessen Eintreten man nicht sicher rechnen konnte.

Die Frage, ob eine verwirkte Vertragsstrafe eine unverhältnismäßig hohe und deshalb auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen sei, ist von dem dafür angerufenen Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden, welches sich der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzieht, sofern nicht der Richter dabei ersichtlich von falschen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist. In dieser Beziehung macht die Revision unter Bezugnahme auf ein Urteil des Reichsgerichts (abgedruckt RGZ. 67, 292) dem Berufungsrichter den Vorwurf, er habe verkannt, daß es bei Beurteilung der Frage nicht allein auf den Zeitpunkt der Vereinbarung, auch nicht der Verwirkung der Strafe, sondern auch, und zwar wesentlich auf den Zeitpunkt der Einforderung der Strafe und des darüber ergehenden Urteils ankomme. Aus diesem Gesichtspunkte habe es der Berufungsrichter nicht unterlassen dürfen, festzustellen, ob und welcher Schade dem Beklagten aus der Nichterfüllung des Vertrags durch den Kläger erwachsen ist.

Der Angriff ist nicht begründet. Der Nachweis eines ziffermäßig festzustellenden Schadens ist keine notwendige Voraussetzung für die Rechtfertigung

einer Vertragsstrafe und deren Einforderung, es genügt jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, dieses ist aber vom Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum festgestellt. Auf dieser Grundlage entzieht sich das richterliche Ermessen betreffend die Angemessenheit der Strafe der Nachprüfung des Revisionsrichters. Zu einer Ausübung des Fragerechts lag für den Berufungsrichter keine Veranlassung vor ..."

301. Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse des Zusichernden für den Umfang seiner Verpflichtung für eine zugesicherte Eigenschaft einer Sache zu haften. (BGB. §§ 459 Abs. 2, 633, 242, 133, 157). Urt. vom 25. Febr. 08, II 470/07.

„Es ist nun zwar dem Berufungsrichter darin durchaus beizutreten, daß auch da, wo es sich um das Einstehen für vertraglich zugesicherte Eigenschaften handelt, für den Umfang der Verpflichtung des Schuldners BGB. § 242 maßgebend ist (und bei der Auslegung des Vertrages ebenfalls BGB. § 133 und § 157 zu beachten sind); zu beanstanden aber ist der Satz des Berufungsrichters, daß bezüglich der Verpflichtung des Schuldners, für eine zugesicherte Eigenschaft der gelieferten Sache aufzukommen, den persönlichen Verhältnissen des Schuldners volle Rücksicht nicht versagt werden dürfe. Wer gewisse Eigenschaften der Sache zusichert, macht sich, wie der Revisionskläger zutreffend bemerkt hat, gerade stark dafür, daß er für das Vorhandensein jener Eigenschaften sorgen kann. Nur unter besonderen Umständen wird deshalb bei der Bestimmung des Umfanges der Verpflichtung, für eine zugesicherte Eigenschaft zu haften, auf die persönlichen Verhältnisse des Zusichernden Rücksicht (und gar volle Rücksicht) genommen werden dürfen."

302. Rechtliche Natur des Vermerks auf einem Schuldschein: „Dieser Schein wird mit meinem Tode ungültig." (BGB. §§ 518, 2301). Urt. vom 11. Febr. 08, III 318/07.

„Die angefochtene Entscheidung bezeichnet den von der Klägerin auf den Schuldschein gesetzten Vermerk: ‚Dieser Schein wird mit meinem Tode ungültig', für ungeeignet, den vom Beklagten eingewendeten Erlaß der Kapitalschuld zu begründen, indem sie ausführt, daß er im Sinne eines Versprechens verstanden, das an die Bedingung, daß Beklagter die Klägerin überlebe, geknüpft sei, der Form der letztwilligen Verfügung, und im Sinne eines Versprechens aufgefaßt, das ohne an die Bedingung des Überlebens geknüpft zu sein, auf den Todesfall der Klägerin hinausgeschoben sein sollte, der Form des Schenkungsvertrages entbehrt. Dabei tritt ein Rechtsverstoß nicht hervor. Die Revision bekämpft diese Ausführung mit dem Einwand, daß so wenig eine letztwillige Verfügung als ein Schenkungsversprechen in dem Vermerk zu finden sei, dieser vielmehr einen schenkweisen Erlaß — dessen Wirksamkeit nur bis zum Tode der Klägerin befristet gewesen — und damit eine perfekte Schenkung zum Ausdruck bringe. Der Angriff ist verfehlt. Ob ein schenkweiser Erlaß, dessen Wirksamkeit bis zum Tode des Schenkgebers befristet, ist, anders als im Vertrag, durch den die Schenkung versprochen wird, zu kennzeichnen ist, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls fällt dem Berufungsgericht ein Rechtsirrtum nicht zur Last, wenn es den Vermerk, entsprechend seinen auf die Zukunft hinweisenden Wortlaut dahin auslegt, daß eine Zuwendung verheißen wird, die erst in Zukunft in Erfüllung gehen soll und folgeweise aus dem Vermerke nicht sowohl eine vollzogene, als vielmehr eine versprochene Leistung ableitet, die der im BGB. § 518 vorgesehenen Form zu ihrer Gültigkeit bedarf. Der Umstand, daß es zur Erfüllung des Versprechens einer weiteren Handlung des Schenkgebers nicht bedarf, nimmt der Schenkung nicht die Eigenschaft eines Schenkungsversprechens; vgl. RGZ. 53, Nr. 76. Zur Ausführung, daß aus dem Vermerk ein alsbaldiger, nicht hinausgeschobener Erlaß nicht zu entnehmen sei, war bei dessen Wortlaut ein Anlaß nicht gegeben."

S. 294

303. Verjährung der Ansprüche auf Ersatz der Reisekosten und des Sachschadens bei einer Zugsentgleisung. Anwendung des BGB. § 836, wenn die Entgleisung die Folge eines Dammrutsches und eines dadurch herbeigeführten Schienenbruchs ist (BGB. §§ 638 Abs. 1, 195, 836). Urt. vom 13. Jan. 08, VI 189/07.

„Der Anspruch des Klägers auf Ersatz der Reisekosten und des Sachschadens stützt sich auf den Beförderungsvertrag. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der erst ein Jahr nach dem Unfall durch Klage geltend gemachte Anspruch gemäß BGB. § 638 verjährt sei, trifft nur bezüglich der Reisekosten zu. Der Kläger verlangt, weil ihn der Beklagte nicht an das Reiseziel befördert habe, Rückerstattung des Preises der Rückfahrkarte sowie Ersatz der Zehrungskosten am Tage des Unfalls und am folgenden Tage. Die Rückforderung des Fahrgeldes steht der Wandlung gleich, und auch der Anspruch auf Ersatz für den Aufwand infolge des durch die Zugsentgleisung erzwungenen Reiseaufenthalts steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Nichterfüllung des Beförderungsvertrags. Für solche Schäden bleibt es bei der kurzen Verjährung des § 638 Abs. 1 und mit Recht ist die Klage zu diesem Punkte abgewiesen worden.

Die sechsmonatige Verjährung greift jedoch nicht Platz bei dem Sachschaden, wie ihn Kläger dargelegt hat. Hier gründet sich der Schadensersatz nicht auf den Mangel des gelieferten Werks, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Ausführung des noch nicht vollendeten Werks begangene Vertragsverletzung. Der erkennende Senat hat in dieser Beziehung seine frühere Ansicht (JW. 05, 484 Nr. 1) aufgegeben und sich der des 7. Senats angeschlossen, daß die Ansprüche aus Beschädigungen der Person oder der Sachen des Fahrgastes, die solchen Vertragsverletzungen entspringen, der dreißigjährigen Verjährung unterliegen (RGZ. 62, 119; 66, 16) . . .

Unstreitig ist die Zugsentgleisung, bei der der Kläger verunglückt ist, dadurch herbeigeführt worden, daß der Bahndamm durch die Witterungsverhältnisse (Tauwetter nach Frost, Regen und Anschwellen der neben der Bahnstrecke fließenden Ilz) aufgeweicht war, infolge der Senkung des Erdreichs die Schienen ihre Lage verändert hatten und in dieser veränderten Lage unter dem Drucke des hinüberfahrenden Zugs gebrochen sind. Daß der Bahndamm mit dem darauf eingebetteten Schienengeleise ein mit dem Erdboden verbundenes Werk i. S. des BGB. § 836 darstellt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Der Kläger hat somit die von ihm behauptete körperliche Beschädigung durch die Ablösung von Teilen eines solchen Werks, nämlich der aus ihrer Lage gewichenen und schließlich gebrochenen Schienen erlitten. Um hierauf seinen Schadensanspruch gründen zu können, hat er darzutun, daß die Ablösung jener Teile die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung der Bahnanlage war. Dieser Pflicht genügt er, wenn er einen Tatbestand darlegt, der an sich den Schluß rechtfertigt, daß das Weichen und Brechen des Schienengeleises seine Ursache in mangelhafter Anlage oder Unterhaltung des Bahnkörpers habe.

Eine ordnungsmäßige Bahnanlage muß so beschaffen sein, daß ihre Sicherheit durch die regelmäßige Einwirkung der Witterung nicht in Frage gestellt wird. Daß sie auch außergewöhnlichen Naturereignissen, wie z. B. Wolkenbrüchen, Bergrutschungen standhalte, kann allerdings nicht gefordert werden. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat es sich aber im vorliegenden Fall um derartige Naturereignisse nicht gehandelt, sondern um Witterungsverhältnisse, wie sie in der dortigen Gegend um die fragliche Jahreszeit häufig wiederzukehren pflegten. Die Bahnanlage mußte also, wenn sie ordnungsmäßig sein sollte, imstande sein, bei gehöriger Unterhaltung diesen Witterungsverhältnissen und dem dabei eintretenden Anschwellen der Ilz derart zu widerstehen, daß der Zugsverkehr gesichert blieb. Wenn trotzdem der Bahndamm sich gesenkt hat und das Schienengeleise aus seiner Lage gewichen ist, so daß

es dem Druck des darüber fahrenden Zuges nicht standhalten konnte, so ergibt sich die Folgerung, daß die Errichtung des Bahnkörpers fehlerhaft oder seine Unterhaltung mangelhaft gewesen sein müsse.

Daß der sich darbietenden Sachlage entgegen andere Ursachen als die Mängel in Anlage oder Unterhaltung des Bahnkörpers die Senkung des Dammes und den Bruch des Geleises herbeigeführt hätten, würde der Beklagte zu beweisen haben. Einen solchen Beweis hat er bisher nicht angetreten.

Der Kläger braucht auch nur zu beweisen, daß objektiv die Errichtung des Bahnkörpers oder seine Unterhaltung mangelhaft war, nicht aber, wovon das Berufungsgericht bei Ablehnung des vom Kläger zum Nachweis des Vorhandenseins der Erfordernisse des § 836 gestellten Beweisantrags ausgeht, ein Verschulden des Beklagten.

Die Ersatzpflicht des Beklagten aus § 836 entfällt, wenn er beweist, daß er zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat."

304. Anspruch auf Schadensersatz als Forderung aus dem Bauwerkvertrag (BGB. § 648). Urt. vom 22. Febr. 08, V 543/07.

„Bezüglich der Post zu 2 von 100 ℳ 5 ₰ wird die Anwendbarkeit des BGB. § 648 auch noch aus dem ferneren Grunde verneint, weil Kläger diesen Anspruch auf ein schuldhaftes Verhalten dritter Personen (der Tischler, die die Lieferung der Fensterrahmen verzögert haben sollen) stütze, indem er den Beklagten für dieses fremde Verschulden haftbar machen wolle. Mit Recht rügt die Revision, daß hierin eine zu enge Auffassung des Begriffs des Bauwerkvertrages liegt. Der Berufungsrichter scheint unterscheiden zu wollen zwischen Arbeitsleistungen, die unmittelbar die Herstellung des Bauwerks zum Gegenstande haben und derjenigen Tätigkeit des Unternehmers, die nur mittelbar zu dem herzustellenden Bauwerk in Beziehung steht, insofern sie die eigentliche Aufführung des Baues vorbereitet. Eine solche Unterscheidung ist aber nicht haltbar. Denn danach würde z. B. die Ausschachtung des Baugrundes, die zweifellos zur Bautätigkeit gehört, nur den Charakter einer Vorbereitungshandlung haben. Auch die Parteien selbst teilen den Standpunkt des Berufungsrichters nicht. Sie streiten lediglich darüber, ob Kläger für die fraglichen Arbeiten, weil sie abredegemäß besonders bezahlt werden sollten, eine Sondervergütung beanspruchen darf oder ob nach Inhalt des Bauvertrages durch den hierin vereinbarten Pauschsatz von 27 ℳ für das Quadratmeter jene Arbeiten mit abgegolten sind. Dagegen gehen sie hinsichtlich der rechtlichen Grundlage der einen oder anderen Abrede übereinstimmend von der Annahme aus, daß es sich in beiden Fällen um Arbeitsleistungen der Bauausführung handelt. Ebensowenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß der Kläger seinen Anspruch auf das Liquidat von 100 ℳ 5 ₰ aus dem Bauvertrage herleitet. Er behauptet, daß kraft dieses Bauvertrages Beklagter verpflichtet gewesen sei, für die rechtzeitige Lieferung der Fensterrahmen zu sorgen und daß die Verabsäumung der Erfüllung der hierauf bezüglichen Vertragspflichten ihn ersatzpflichtig mache. Auch dieser Anspruch tritt mithin aus dem Rahmen der durch BGB. § 648 gesicherten Ansprüche nicht heraus. Da der Berufungsrichter darüber, ob die beiden in Rede stehenden Liquidationsposten in tatsächlicher Hinsicht als glaubhaft gemacht anzusehen sind, sich noch nicht ausgesprochen hat, war zum Zweck der Verhandlung und Entscheidung hierüber die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen."

305. Haftung des Staates für jedes Verschulden bei Ausführung von Quarantänemaßnahmen. Anwendung der Vorschriften über den Verwahrungsvertrag bei Beschädigung einer in Besitz genommenen Sache (BGB. §§ 688, 690, 276; Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemein-

gefährlicher Krankheiten, vom 30. Juni 00 § 8). Urt. vom 21. Jan. 08, III 225/07.

Eine Polizeibehörde hat auf Grund von Reichsgesetz § 8, betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, vom 30. Juni 00, einen Kahn des Rechtsvorgängers der Klägerin nach dem Quarantänehafen führen lassen, wo er durch einen Sturm beschädigt worden ist. Der Staat, dem die Polizeibehörde angehört, ist auf Ersatz des Schadens verklagt, die Klage vom Berufungsgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die zweite Rüge der Revision behauptet die Verletzung des BGB. §§ 688 und 690, indem sie geltend macht, daß der Tatbestand eines Verwahrungsvertrages oder eines ähnlichen Rechtsverhältnisses hier nicht gegeben sei, wenn er aber vorliege, der Beklagte nach § 690 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hätte, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflege, deren Außerachtlassung aber nicht festgestellt sei. Es läßt sich nun nicht verkennen, daß Zweifel darüber möglich sind, ob auf einen Fall wie den vorliegenden neben den Bestimmungen des öffentlichen Rechts auch solche des bürgerlichen Rechts Anwendung finden, insbesondere, ob ein Rechtsverhältnis dieses Rechts dadurch entsteht, daß die Organe der Polizei ein Schiff zur Verhütung der Verbreitung einer ansteckenden Krankheit in behördliche Obhut bringen. Nachdem indessen der 7. ZS. des RG. in einem ähnlichen Falle durch das Urt. vom 22. April 02 (RGZ. 51, 219) im Anschlusse an die darin näher erörterte höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere auch an das Urt. des 6. ZS. des RG. vom 14. Febr. 01 (RGZ. 48, 255) ausgeführt hat, es sei zu unterscheiden zwischen der Anordnung der Staatsgewalt, für die der Staat der davon betroffenen Partei nicht verantwortlich sei und ihrer Ausführung, und zwar dergestalt, daß diese, wenn sie auch zunächst gleichfalls auf öffentlichrechtlichem Gebiete liege, doch auch eine privatrechtliche Seite zeige, besteht keine ausreichende Veranlassung, von dieser Rechtsprechung abzugehen. In jenem Urteile ist diese privatrechtliche Seite bei Fällen der dort erörterten Art darin gefunden worden, daß für den Staat, dem gegenüber sich der andere Teil des Besitzes und der Aufsicht über eine Sache entäußert habe, hieraus die nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilende Verpflichtung erwachsen sei, über die in Verwahrung genommene Sache auch die erforderliche Obhut zu führen und sie, nach Erledigung des öffentlichrechtlichen Zweckes, zu dem sie ihm übergeben worden, dem anderen Teile zurückzuliefern. Hieran ist auch im vorliegenden Falle festzuhalten und es wird daran auch nicht, wie die Revision meint, dadurch etwas geändert, daß die Anordnung der Staatsgewalt hier eine solche einer Polizeibehörde gewesen und nach § 1 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtsweges über polizeiliche Verfügungen vom 14. Mai 1842 über die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung lediglich die vorgesetzte Dienstbehörde zu entscheiden hat. Denn wenn durch die Ausführung der polizeilichen Verfügung zugleich ein dem bürgerlichen Rechte angehörendes Rechtsverhältnis begründet wurde, so war dieses auch nur nach den Vorschriften des Privatrechts zu beurteilen. Dies gilt insbesondere auch von der Entscheidung der Frage, ob die Polizeibehörde von der für sie entstandenen Verpflichtung zur Rückgabe des in Verwahrung genommenen Schiffes in unversehrtem Zustande dadurch befreit worden ist, daß ihr dies durch einen nachträglich eingetretenen Umstand, den sie nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden ist (BGB. § 275), oder ob sie zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet ist, soweit ihr jene durch einen von ihr zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist (BGB. § 280).

Ist aber insoweit das bürgerliche Recht auf den vorliegenden Fall überhaupt anzuwenden, so kann das durch die Wegnahme und Isolierung des Kahnes entstandene Rechtsverhältnis in der Tat nur als ein Verwahrungsverhältnis angesehen werden. Nur beruhte dieses nicht, wie das Berufungs-

gericht ausgeführt hat, auf einem stillschweigend zustande gekommenen Rechtsgeschäfte, für dessen Annahme es an den erforderlichen tatsächlichen Unterlagen mangelt, sondern es entstand unmittelbar kraft Gesetzes aus der bloßen Tatsache der Wegnahme des Kahnes aus dem Besitze des Schiffers und aus dessen Übernahme in die behördliche Verwahrung. Dann war aber auch der Beklagte als Verwahrer verpflichtet, jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Denn eine unentgeltliche Aufbewahrung auch nur in einem ähnlichen Sinne, wie sie BGB. § 690 voraussetzt, lag dann nicht vor, da eine solche voraussetzt, daß die Aufbewahrung gerade im Interesse des Hinterlegenden erfolgt. Hier war die Verwahrung im allgemeinen öffentlichen Interesse vorgenommen. Es liegt deshalb kein Grund vor, soweit hier bürgerlichrechtliche Bestimmungen Platz greifen, von der Regel des BGB. § 276 abzugehen, wonach der Schuldner Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, nicht bloß die sog. culpa in concreto, zu vertreten hat. Auch die in dieser Beziehung erhobene besondere Beschwerde der Revision erweist sich demnach als ungerechtfertigt."

306. Grad der Haftung des Bankiers für den Verlust, den ein Kunde erleidet, der sich auf die Aufforderung des Bankiers an einer fehlschlagenden Spekulation des Bankiers beteiligt (BGB. § 708; HGB. 347). Urt. vom 12. Febr. 08, I 2121/07.

Gegen Ende 1900 beschloß die Elektrizitäts-Aktiengesellschaft H. in C. die Beschaffung neuer Geldmittel durch Erhöhung des Grundkapitals und Ausgabe von Obligationen. Zu dem Zweck hatte sich ein Konsortium gebildet, das die neuen Aktien und Obligationen übernahm. Die Emission mißlang jedoch fast vollständig: die Aktien konnten überhaupt nicht aufgelegt werden, und auf die Obligationen wurde nur sehr wenig gezeichnet. An dem Konsortium waren die Klägerin und überdies persönlich ihr Geschäftsführer O., der dem Aufsichtsrate der H. angehörte, beteiligt. Ehe die Emission beschlossen war, hatte er mit dem Sozius der Beklagten W. eine Unterbeteiligung der Beklagten an dem sich bildenden Konsortium vereinbart. Dabei hatte O. zu W. geäußert, die H. sei gut, der Kursrückgang der Aktien sei nur eine vorübergehende, auf die allgemeine Finanzlage zurückzuführende Erscheinung. H. werde voraussichtlich 7% Dividende verteilen, das Konsortialgeschäft werde sich glatt abwickeln und einen schönen Nutzen abwerfen. Nachdem der Vertrag in hier unerheblichen Punkten geändert war, erhielt die Beklagte Obligationen geliefert und leistete Abschlagszahlungen, stellte sie aber später ein und teilte der Klägerin mit, sie fechte den Vertrag an, weil sie O. arglistig über die Finanzlage der H. getäuscht habe. Die Klägerin erhob darauf Klage auf Zahlung des Restes. Die Beklagte bat um Abweisung und verlangte widerklagend Verurteilung der Klägerin, die geleisteten Zahlungen an J. gegen Rückempfang der Obligationen an die Beklagte zu zahlen, event. ihr den durch Übernahme der Obligationen und Aktien entstandenen Schaden zu ersetzen. Dabei hob die Beklagte hervor, sie stütze ihre Anträge außer auf arglistige Täuschung darauf, daß O. bei Empfehlung der Unterbeteiligung die Sorgfalt eines ordentlichen Bankiers außer acht gelassen habe.

In zwei Instanzen ist nach dem Klagantrage verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Auch darin läßt sich der Revision nicht beitreten, daß die Empfehlung als Nebenleistung zu dem am 20. November 1900 vereinbarten Vertrage aufgefaßt werden könnte. Die Revision glaubt hiermit den Rechtssatz anzuwenden, der vom RG. in RGZ. 42, 125 formuliert und seitdem öfter ausgesprochen ist. Aber die bisher abgeurteilten Fälle lagen anders als der jetzige. Der Unterkonsortialvertrag der Parteien war gleich dem Hauptkonsortium eine Gelegenheitsgesellschaft zu dem Zwecke, den Vorteil der Begebung neuer Werte über einen bestimmten Kurs hinaus den Gesellschaftern nach Maßgabe ihrer Beteiligung zuzuwenden (RGZ. 21, 68; 26, 52; Bolze 18 Nr. 179; Ring, Aktien-

gesellschaften, 2. Aufl. S. 181; Cosack, Handelsrecht, 6. Aufl., S. 677; Staub-Pinner, Handelsgesetzbuch, Exk. zu § 342 Anm. 5). Das Reichsgericht hat stets daran festgehalten, daß, wenn sich Rat und Empfehlung mit einem prinzipalen Rechtsverhältnis als Ganzes zusammenschließen sollen, auch die rechtliche Beurteilung nach den Regeln des Hauptgeschäfts erfolgen muß (JW. 05, 503 Nr. 35). Danach stände die Klägerin gemäß dem Gesellschaftsrecht des BGB. § 708 nur für diejenige Sorgfalt ein, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. In der Tat würde es grundlos sein, vor Abschluß des Vertrags einen schärferen Maßstab an sie anzulegen, als in der späteren Zeit. Schon dieses Ergebnis — Haftung eines Bankiers für unrichtigen Rat in den Grenzen der culpa in concreto — müßte auffallend erscheinen. Die nähere Betrachtung läßt denn auch erkennen, daß die Verhältnisse verschieden sind. Bei den früheren Urteilen handelte es sich um den Fall, daß ein Kunde von dem Bankier Wertpapiere, sei es als Anlage oder zur Spekulation, beziehen will. Der Bankier, der zu diesem Behufe Rat erteilt, ordnet sich den einseitigen Interessen des Kunden unter und leistet ihm einen Dienst, für den er im Kaufpreise oder in der Provision das Entgelt bekommt. Ganz anders, wenn er den Kunden auffordert, an seiner, des Bankiers, Spekulation teilzunehmen. Auch wo, wie bei der Unterkonsortialbeteiligung, dem Bankier allein die Geschäftsführung obliegt, kann von einem Indienststellen für die Interessen des Kunden nicht die Rede sein. Beide stehen nebeneinander, beider Interessen fallen zusammen. Ein Entgelt aber in dem Sinne wie beim Kauf- oder Kommissionsvertrage fließt dem Bankier nicht zu. Will man den Vorteil, der ihm dadurch erwächst, daß der Kunde bei Mißglücken der Spekulation einen Teil des Verlustes auf sich nehmen muß, als Gegenleistung für die Einbuße betrachten, die er im entgegengesetzten Fall durch den Zwang zur Teilung des Gewinnes erfährt, so hat das doch mit der Gegenleistung eines Käufers nichts zu tun. Es ist ausgeschlossen, jenen Vorteil als die Vergütung zu denken, durch welche die geleistete Empfehlung mit abgegolten würde."

307. Befugnis dessen, für den gemeinsam mit anderen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auch zu ihren Gunsten im Verteilungsverfahren Widerspruch zu erheben. Berücksichtigung des vorgemerkten Anspruchs auf Auflassung im Verteilungsverfahren gegenüber später eingetragenen Hypotheken (BGB. §§ 714, 744, 1011, 883 Abs. 2; ZPO. §§ 876 ff.; ZVG. §§ 115, 48, 92). Urt. vom 8. Febr. 08, V 226/07.

„Nach § 115 ZVG. finden auf die Verhandlung über den Teilungsplan im Zwangsversteigerungsverfahren sowie auf die Erledigung erhobener Widersprüche und die Ausführung des Planes ZPO. §§ 876—882 Anwendung. Vorliegend hat der Kläger zu 1 im Verteilungstermine gegen die Auszahlung der auf die Hypotheken der Beklagten zu 1 und 2 zur Hebung gelangten Beträge Widerspruch erhoben und diese Beträge für sich und den Erblasser der jetzigen Kläger zu 2 auf Grund der für sie beide eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung des Grundstücks in Anspruch genommen; ferner ist im Verteilungstermine festgestellt, daß, wenn der Widerspruch begründet sein sollte, die streitigen Beträge dem Kläger zu 1 und dem Erblasser der Kläger zu 2 zuzuteilen seien und sind die Beträge als Streitmasse hinterlegt. Demnächst haben der Kläger zu 1 und der Erblasser der Kläger zu 2 unter Bezugnahme auf diese Tatsachen binnen der in ZPO. § 878 vorgeschriebenen Frist von einem Monat Klage auf Bewilligung der Auszahlung der hinterlegten Streitmasse an sie beide erhoben. Hiernach ist, wie es die Widerspruchsklage erfordert, bezüglich der beiden Beklagten zu 1 und 2 Widerspruch gegen ein Liquidat im Verteilungsverfahren erhoben, dieser Widerspruch im Wege der Klage binnen der für den Verteilungsstreit vorgeschriebenen Frist und vor dem nach ZPO. § 879 zuständigen Gerichte verfolgt und in dem Rechtsstreite Auszahlung der hinterlegten Streitmasse gemäß dem Inhalte des

Widerspruchs verlangt worden. Allerdings ist der die Grundlage der Widerspruchsklage bildende Widerspruch nur vom Kläger zu 1, nicht auch von dem Erblasser der Kläger zu 2 erhoben. Aber der Widerspruch des ersteren hat rechtlich zugleich auch als Widerspruch des letzteren zu gelten. Beide waren Miteigentümer der Grundstücke, die sie an den Beklagten zu 3 vertauscht haben. Sie sollten ferner nach dem Tauschvertrage die Grundstücke des Beklagten zu 3 gemeinschaftlich erwerben. Demgemäß war auch die Vormerkung auf Auflassung dieser Grundstücke für beide eingetragen worden. Im Verteilungstermine hat der Kläger zu 1 die auf die Hypotheken der Beklagten zu 1 und 2 aus dem Versteigerungserlöse entfallenen Beträge auf Grund der Vormerkung für sich und den Erblasser der Kläger zu 2 in Anspruch genommen. Der Vollstreckungsrichter hat auch festgestellt, daß, wenn der erhobene Widerspruch begründet sei, die Streitmasse dem Kläger zu 1 und dem Erblasser der Kläger zu 2 zuzuteilen sei. Bei dieser Sachlage muß angenommen werden, daß der Kläger zu 1 zugleich in Vertretung des Erblassers der Kläger zu 2 für diesen den Widerspruch hat erheben wollen und erhoben hat. Ob mit Rücksicht auf das bestehende Gemeinschaftsverhältnis und in Anbetracht der in BGB. §§ 714, 744, 1011 gegebenen Vorschriften über die Befugnis des einen Gemeinschafters, zugleich in Vertretung des anderen die Rechte der gesamten Gemeinschaft gegenüber Dritten wahrzunehmen, der Kläger zu 1 zu der Vertretung berechtigt war, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat der Erblasser der Kläger zu 2 die Vertretung in seinem Widerspruchsrechte nachträglich dadurch genehmigt, daß er zusammen mit dem Kläger zu 1 die Klage auf Auszahlung der Streitmasse erhoben hat. Danach sind die Erfordernisse der Widerspruchsklage nach allen Richtungen gegeben.

Aber auch die Voraussetzungen einer Klage außerhalb des Verteilungsstreites nach bürgerlichem Rechte liegen vor. Denn die Klage ist auch dahin begründet, daß zufolge des Tauschvertrages und der eingetragenen Vormerkung die Eintragung der Hypotheken der Beklagten zu 1 und 2 den Klägern gegenüber unwirksam sei und daher die Beklagten zu 1 und 2 die auf ihre Hypotheken aus dem Versteigerungserlöse entfallenen Beträge unrechtmäßig für sich in Anspruch nähmen . . .

Die für die Kläger eingetragene Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung hatte nach BGB. § 883 Abs. 2 die Wirkung, daß eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen würde, insoweit unwirksam war, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Wenn also der vorgemerkte Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke wirklich bestand und gegenüber dem Beklagten zu 3 als Grundstückseigentümer zur Durchführung gebracht wurde, waren die erst nach der Eintragung der Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Beklagten zu 3 eingetragenen Hypotheken der Beklagten zu 1 und 2 den Klägern gegenüber unwirksam. Zur Zeit der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens und auch zur Zeit des Verteilungstermins war der Anspruch noch nicht durchgeführt. Zwar hatten die Kläger gegen den Beklagten zu 3 bereits in zwei Instanzen ein obsiegendes Urteil bezüglich der Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke erstritten; jedoch war damals das zweitinstanzliche Urteil noch nicht rechtskräftig. Der vorgemerkte Anspruch war daher wie ein eingetragenes bedingtes Recht auf Eigentumseintragung (ZVG. § 48) im Zwangsversteigerungsverfahren zu behandeln. Da die Vormerkung dem betreibenden Gläubiger im Range nachstand, war sie nicht in das geringste Gebot aufzunehmen und erlosch sie gemäß ZVG. § 91 mit dem Zuschlage. Wenn aber das Recht auf Eigentumsübertragung wirklich bestand, so trat an die Stelle des Rechtes gemäß ZVG. § 92 der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Daraus folgt, daß der Beklagte zu 3, der auf Grund des Tauschvertrages vom 22. Febr. 04, wie auch nunmehr rechtskräftig durch die Urteile im Vorprozesse festgestellt ist, zur Übertragung des Eigentums an dem zwangsversteigerten Grundstücke auf die Kläger verpflichtet war, be-

willigen muß, daß der an die Stelle des Eigentums getretene Versteigerungserlös, soweit er nicht zur Befriedigung der vorgehenden Berechtigten zu verwenden ist, an die Kläger zur Auszahlung gebracht wird und daß die Beklagten zu 1 und 2 sich gefallen lassen müssen, daß ihre der Vormerkung nachstehenden Hypotheken bei der Verteilung des Erlöses als rechtlich nicht bestehend angesehen werden und sie demzufolge ebenfalls in die Auszahlung des Erlöses, ohne Abzug der auf ihre Hypotheken entfallenen Beträge, an die bezugsberechtigten Kläger willigen müssen (vgl. Jäckel, Anm. 7 zu ZVG. § 38; Reinhard, Anm. 3 zu ZVG. § 48; Fischer-Schäfer, Anm. 4 zu ZVG. § 48). Hiernach hat der Berufungsrichter mit Recht den Klaganträgen gegen alle drei Beklagten stattgegeben."

308. **Freie Entschließung als Voraussetzung der Verantwortlichkeit für unsittliches Handeln** (BGB. § 817 Satz 2). Urt. vom 14. Febr. 08, VII 218/07.

„BGB. § 817 Satz 2 ist nicht anwendbar auf Leistungen, die unter dem Ausschlusse freier Willensbestimmung durch Drohungen erzwungen sind. Die Verantwortlichkeit für unsittliches Handeln setzt eigene freie Entschließung voraus."

309. **Pflicht des Hauseigentümers, einen Kellereingang erkennbar zu machen** (BGB. § 823). Urt. vom 13. Febr. 08, VI 429/07.

„Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Anlage der Kellertreppe für die auf dem Hausflur verkehrenden, mit der Örtlichkeit nicht bekannten Personen eine Gefahr herbeiführte, für deren Abwehr die Beklagte zu sorgen hatte. Die Revision hat hiergegen auch keine Einwendungen erhoben, aber sie hat geltend gemacht, daß, weil die Treppe zu den an die H. vermieteten Räumen gehört habe, die Beklagte darauf habe rechnen dürfen, daß die Mieterin die Treppe beleuchten oder die Tür vor dieser abschließen werde. Mit Recht ist jedoch diese Verteidigung vom Berufungsrichter zurückgewiesen. Für die H. lag kein Anlaß vor, die nur für ihren Gebrauch bestimmte Treppe beständig zu beleuchten oder geschlossen zu halten; fremden Personen gegenüber handelte es sich nicht um die Sicherheit des Verkehrs auf der Treppe, sondern auf dem Hausflur. Darum war es Sache der Beklagten, dafür zu sorgen, daß den den Hausflur betretenden Hausfremden der Kellereingang als solcher erkennbar wurde, sei es durch ausreichende Beleuchtung, sei es in anderer Weise. Daß die an der Tür angebrachte Inschrift ‚Kein Eingang' verwischt und mangels genügender Beleuchtung nicht leserlich gewesen ist, ist bedenkenfrei festgestellt worden."

310. **Erfordernis der Kenntnis von Polizeivorschriften durch den Führer eines Kraftwagens. Ist ein Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Mangel, der den Führer ungeeignet erscheinen läßt, Voraussetzung des Ersatzanspruchs?** (BGB. §§ 831, 823). Urt. vom 6. Febr. 08, VI 292/07.

„Die Anschauung des Berufungsgerichts ist frei von Rechtsirrtum. Die Polizeiverordnungen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen schreiben im einzelnen vor, wie der Führer eines Kraftwagens sich auf der öffentlichen Straße, namentlich beim Zusammentreffen mit Menschen, Tieren und Fahrzeugen zu verhalten hat. Der Führer, der sie übertritt, hat Schadensersatzansprüche, Bestrafung, unter Umständen den Verlust seiner Stellung, oder überhaupt seines Fortkommens als Führer zu gewärtigen. Die Polizeiverordnungen sind daher ebensowohl bestimmt, wie geeignet, wenn sie auch vielfach ohne Wirkung bleiben mögen, den Führern einzuprägen, in welcher Weise sie zum Schutze von Leben und Eigentum der auf der Straße sich bewegenden Menschen die Lenkung ihres Fahrzeuges einzurichten haben, ihre Neigung, die Geschwindigkeit und die Gewalt des Fahrzeuges ohne Rücksicht auf den übrigen Straßen-

verkehr spielen zu lassen, zu zügeln und so die Gefahren der Kraftfahrzeuge für diesen Verkehr einigermaßen zu verhüten oder zu mindern.

Von einem Führer, der für seinen Beruf im Einzelfall tauglich sein soll, muß daher die Kenntnis der Vorschriften gefordert werden, die in den Ländern gelten, durch die er fährt . . .

Für die Anwendung des BGB. § 831 ist es ohne Belang, ob die Schadenszufügung durch den zu einer Verrichtung Bestellten gerade infolge des Mangels verursacht wurde, der ihn als zu der übertragenen Verrichtung ungeeignet erscheinen läßt. Es genügt, daß der Bestellte objektiv dazu ungeeignet war."

311. StGB. § 367 Ziff. 12 als Schutzgesetz. Maßstab für den Umfang der Verpflichtung zur Verwahrung von Gruben usw. (BGB. § 823; StGB. § 367 Ziff. 12). Urt. vom 27. Febr. 08, VI 271/07.

„Ob das Berufungsgericht mit Recht StGB. § 367 Ziff. 12 ausgeschlossen hat, weil an der fraglichen Waldstelle nachts keine Menschen verkehrten, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn auch die Beklagten wider das Schutzgesetz verstoßen hätten, so würden sie nur im Falle eines schuldhaften Verstoßes haften. Die Frage, ob die im Verkehr gebotene Sorgfalt erfordert, in Wäldern, im Gebirge, an Gewässern, Abhängen, Gruben, Öffnungen zu verwahren, weil dort Menschen verkehren und Gefahr aus der unterlassenen Verwahrung für sie entstehen kann, läßt sich nicht in allgemein gültiger Weise beantworten. Es kommt wesentlich auf die Umstände des einzelnen Falles an, auf Art, Zeit und Umfang des Verkehrs, auf die Zweckbestimmung der Örtlichkeit, wo der Verkehr stattfindet, auf die Möglichkeit oder Tunlichkeit einer Verwahrung, auf die Verkehrsauffassung der eingesessenen Bevölkerung oder der jene Orte besuchenden Personenkreise usf., also auf Verhältnisse, deren Beurteilung zur Aufgabe des Tatsachenrichters gehört. Die Anschauung des Berufungsgerichts, daß im vorliegenden Fall den Beklagten kein fahrlässiges Verhalten zur Last falle, läßt keinen Rechtsirrtum ersehen. Es besteht um so weniger Anlaß ihr entgegenzutreten, als die Beklagten keinen Verkehr in ihrem Wald eröffnet, sondern nur aus Entgegenkommen geduldet haben, daß er von dem Publikum begangen und Fußpfade darin getreten wurden, daher davon ausgehen mochten, daß die Wanderer den Wald mit seinen Unebenheiten, Mulden, Steilhängen und sonstigen Fährnissen nehmen würden, wie er sich bot. Der Kläger hat auch nicht behauptet, daß jemals vorher ein Unfall an der Grube sich ereignet habe."

312. Haftung des Bordellinhabers für Entwertung der Nachbargrundstücke aus dem Gesichtspunkt vorsätzlicher Schadenszufügung gegen die guten Sitten. Verhältnis dieses Anspruchs zum Anspruch aus Eigentumsstörung (BGB. §§ 826, 1004). Urt. vom 6. Febr. 08, VI 270/07.

„Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Beklagte in ihrem Hause, W.straße 4, ein Bordell betreibt und durch diesen allgemein bekannten Betrieb die in derselben Straße liegenden Häuser des Klägers, jedenfalls die der Nr. 4 zunächst belegenen erheblich entwertet werden, weil sie schwerer vermietbar sind. Weiter wird, gegenüber dem Bestreiten der Beklagten, für erwiesen erachtet, daß dieser bekannt gewesen ist, daß dieser Betrieb zu wiederholten Beschwerden der Anwohner Anlaß gegeben habe und daraus der Schluß gezogen, ihr sei bekannt, daß ihr Betrieb für die Eigentümer der Nachbarhäuser von schädigendem Einfluß sei. Durch diese Tatsachen sieht das Berufungsgericht den Tatbestand des BGB. § 826 für erfüllt an. Der Vorsatz der Beklagten, den Eigentümern der Nachbarhäuser durch ihr Treiben Schaden zuzufügen, wird um deswillen als gegeben angesehen, weil die Beklagte trotz ihrer Kenntnis von dem schädigenden Einfluß ihres Betriebes diesen fortgesetzt habe.

Die dieser Ausführung zugrunde liegenden Feststellungen sind von der Revision nicht angefochten und bedenkenfrei. Die Revision erhebt aber gegen die Anwendung des § 826 den Zweifel, ob, wenn die Voraussetzungen einer Klage wegen Beeinträchtigung des Grundeigentums gemäß BGB. § 1004 nicht vorlägen, der Kläger die Beklagte als Eigentümerin des Nachbarhauses wegen idealer Einwirkungen auf sein Eigentum auf Grund von § 826 belangen könne. Dieses Bedenken beruht auf der rechtsirrigen Annahme, daß beide Tatbestände nicht nebeneinander bestehen können, vielmehr die Beseitigung der Schädigung des Eigentums nur aus § 1004 beansprucht werden könne, dessen Tatbestand hier allerdings nicht vorliegt. Das Urteil des 5. ZS. vom 1. April 05 (abgedruckt in der BadRspr. 05, 197) steht der Revision nicht zur Seite. Damals war nur über eine auf § 1004 gestützte Klage zu entscheiden, der Klaggrund der unerlaubten Handlung aber, wie die Urteilsgründe ausdrücklich betonen, gar nicht geltend gemacht. Darum geht es fehl, wenn die Revision aus der damaligen Zurückweisung der Klage aus § 1004 folgern will, es sei auch die rechtliche Möglichkeit einer Klage aus § 826 verneint. Der 5. ZS. hat vielmehr bereits in dem Urteile vom 9. April 04 (vgl. RGZ. 57, 239 [241]) sich grundsätzlich dahin ausgesprochen, daß der Bordellbetrieb den Eigentümern benachbarter Häuser die Befugnis zu einer Klage auf Grund von § 826 geben könne. Den dortigen Ausführungen ist beizutreten und nur noch zusätzlich hervorzuheben, daß es zwar für den Tatbestand des § 826 nicht ausreicht, wenn das Treiben der Beklagten objektiv gegen die guten Sitten verstößt, vielmehr hinzukommen muß, daß die vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt. Der Verstoß ist also ein notwendiger Bestandteil auch des subjektiven Tatbestandes. Die Feststellungen des Berufungsurteils enthalten aber auch nach dieser Richtung hin keine Lücke. Denn da die Beklagte ihr Treiben mit Kenntnis von dessen schädlicher Wirkung fortsetzte, hat sie den Vorsatz gehabt, dadurch, also in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise, dem Kläger Schaden zuzufügen. Die Fortsetzung dieser Schadenszufügung steht für die Zukunft in Aussicht, weil die Beklagte der vom Kläger geforderten Einstellung ihres schädlichen Betriebes widersprochen hat. Dadurch rechtfertigt es sich, daß der Kläger auf die Unterlassung weiterer Schädigung geklagt hat."

813. Klage auf Löschung eines Warenzeichens aus dem Gesichtspunkte vorsätzlicher wider die guten Sitten verstoßender Schadenszufügung (BGB. § 826). Urt. vom 7. Febr. 08, II 296/07.

„Die Revision, die zulässig ist, mußte Erfolg haben; die Abweisung der Klage, insoweit diese auf BGB. § 826 gestützt ist, beruht auf Rechtsirrtum. Der Berufungsrichter, der offenbar nicht verkennt, daß das Warenbezeichnungsgesetz nur die zeichenrechtlichen Gründe für die Löschung eines eingetragenen Warenzeichens bestimmt, daß daneben aber auch auf Grund anderweiter gesetzlicher Bestimmungen und so insbesondere des BGB. § 826 und des UnlWG. die Löschung eines eingetragenen Zeichens von dem durch diese Eintragung in seinen Rechten Verletzten verlangt werden kann (RGZ. 38, 130 ff.; 48, 235 ff.; 66, 236 ff.), hat die Klage aus BGB. § 826 gegenüber dem von der Klägerin zu deren Stütze vorgebrachten Tatsachenmaterial mit folgenden Erwägungen abgewiesen: Es wäre denkbar, daß der Beklagte seinen Wein, insbesondere den Tokayer, der als „Urquell" ausgeboten und für den durch „Urquell-Plakate" Reklame gemacht werde, an Abnehmer und Verkaufsstellen der scharfen Konkurrentin der Klägerin, nämlich der Pilsener Genossenschaftsbrauerei, zu dem Zweck versende, um das Publikum, das die Plakate „Urquell" lese, glauben zu machen, das ihnen dort vorgesetzte Pilsener Bier sei das Bier der Klägerin. Ob das der Fall sei und ob der Umstand, daß der Beklagte gerade das Warenzeichen „Urquell" gewählt hat, und daß er Angestellter bei der Generalvertreterin der Pilsener Genossenschaftsbrauerei ist,

gegen den Beklagten in gewissem Umfange schon beweisend sei, möge dahingestellt bleiben, weil die Klägerin bei dem gegebenen Sachverhalt nicht Löschung des Warenzeichens verlangen könne. Die auf Grund der Anmeldung erfolgte Eintragung des Warenzeichens, also sein Bestehen und seine Ausnutzung, müßten auseinandergehalten werden. Ob dem Beklagten auf Grund des § 826 verboten werden könne, das Warenzeichen für Waren, für die es nicht bestimmt sei, z. B. Bier, zu führen; ob die Lokalbesitzer unter Umständen angehalten werden könnten, den Aushang von Plakaten mit der Bezeichnung „Urquell" zu unterlassen, sei hier nicht zu unterscheiden.

Diese Ausführungen, die mit der Revision angegriffen werden, sind rechtsirrtümlich und werden dem Vorbringen der Klägerin nicht gerecht. Die Unterscheidung, die der Berufungsrichter gemacht wissen will, zwischen der auf Grund der Anmeldung erfolgten Eintragung des Warenzeichens, also seinem (gesetzmäßigen) Bestehen und zwischen seiner (rechtswidrigen) Ausnutzung, kommt bei der dem Berufungsrichter zur Entscheidung unterbreiteten Sachlage überhaupt nicht in Frage, weshalb dahingestellt bleiben kann, inwieweit ihr beizupflichten wäre. Nach den Ausführungen des Berufungsrichters ist es möglich, daß der Beklagte seinen als „Urquell" ausgebotenen Wein an Abnehmer und Verkaufsstellen einer Konkurrentin der Klägerin zu dem Zweck versendet, um das (die Plakate „Urquell" lesende) Publikum glauben zu machen, das ihnen dort vorgesetzte Bier sei das Bier der Klägerin. Wäre das Tun des Beklagten in der Tat ein derartiges, so würde er das für ihn eingetragene Warenzeichen zum Zweck der Täuschung des Publikums benutzen, und er soll, nach den Behauptungen der Klägerin, dabei zugleich den Vorsatz haben, die Klägerin zu schädigen. Ferner soll er nach den weiteren Behauptungen der Klägerin ein ernstliches Interesse an der Führung eines Zeichens für Wein und insbesondere des Zeichens „Urquell" für Wein überhaupt nicht haben und er soll auch schon bei der (trotzdem bewirkten) Anmeldung des Zeichens die Absicht der Schädigung der Klägerin gehabt haben. Wäre dieses alles richtig, würde insbesondere der Beklagte das Zeichen „Urquell" gewählt haben, um durch die Benutzung desselben in Restaurationen, in denen auch Bier, aber nicht solches der Klägerin, verschänkt wird, im Publikum den irrigen Glauben zu erwecken, es erhalte dort das bewährte Bier der klägerischen Brauerei, so könnte jedenfalls das Zeichen des Beklagten als ein zu Recht bestehendes nicht anerkannt werden. Ein Zeichen darf nicht rechtswidrig sein und nicht in die Rechte eines anderen widerrechtlich eingreifen (RGZ. 38, 131). Die Löschungsklage ist deshalb gegeben, wenn sich die Erwirkung der Eintragung des Zeichens als eine unerlaubte Handlung darstellt. Wer aber für sich ein Warenzeichen eintragen läßt, um das Publikum zu täuschen, verstößt insbesondere dann, wenn er dabei die Absicht oder auch nur das Bewußtsein hat, so einen anderen zu schädigen, wider die guten Sitten. Dabei ist es nicht von Belang, daß dem Beklagten das formelle Recht zustand, sich für seinen Wein das Warenzeichen „Urquell" eintragen zu lassen; auch wer von einem ihm formal zustehenden Recht Gebrauch macht, macht sich der unerlaubten Handlung gegen BGB. § 826 (ohne daß die Voraussetzungen des § 226 ib. vorliegen müssen) dann schuldig, wenn die Ausübung seines formalen Rechts in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich darauf gerichtet ist, einem anderen Schaden zuzufügen (RGZ. 58, 216; 62, 137; 66, 238). Was nun die in § 826 erforderte Zufügung eines Schadens anlangt, so genügt zu der Klage auf Löschung eines Warenzeichens auf Grund des § 826 (vgl. RGZ. 66, 240) — bei dem Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des Paragraphen — als Schädigung des Klägers schon das Bestehen des gegnerischen Warenzeichens. Schon durch dieses Bestehen wird der rechtmäßige Inhaber des Zeichens in seinen Rechten beeinträchtigt; es wird schon durch das Bestehen jenes anderen, zur Konkurrenzausübung in unlauterer Weise bestimmten Zeichens sein Zeichen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge geschmälert und in seinem Werte gemindert."

314. Berücksichtigung von Geschlecht und Alter des minderjährigen Verletzten bei der Frage nach seinem eigenen Verschulden an dem durch eine Straßenbahn erlittenen Unfall. (BGB. §§ 828 Abs. 2, 254, 276; HaftpflG. § 1). Urt. vom 25. Jan. 08, VI 166/07.

„Die Beklagte hat gegen die Haftpflicht eingewendet, daß der Unfall durch eigenes Verschulden der Klägerin, in zweiter Linie, daß er durch höhere Gewalt herbeigeführt worden sei. Beide Einwände hat der Berufungsrichter verworfen. Obwohl die Voraussetzung des BGB. § 828 Abs. 2 für die Verantwortlichkeit der Klägerin an sich als gegeben angenommen wird, ist doch ein eigenes Verschulden derselben nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht festzustellen. Die Klägerin sei durch die Belästigung und Verfolgung seitens des Knaben N. offensichtlich in große Angst versetzt worden. Bei der — im Berufungsurteil geschilderten — Persönlichkeit dieses Knaben sei es völlig erklärlich, daß sie vor dessen drohendem Angriff in Furcht und Schrecken geraten sei und, völlig eingeschüchtert, sich auf das Trottoir der anderen Straßenseite zu retten gesucht habe. Bei der Furcht, daß der sie verfolgende Knabe sie jeden Augenblick einholen und mit dem ‚Gegenstande', den er in der Hand hielt, verletzen konnte, sei es nicht auffallend, daß die Klägerin jeden Gedanken an andere Gefahren, insbesondere diejenige der elektrischen Straßenbahn für einen Augenblick verloren habe. In diesen Zustand der Furcht und des Schreckens, welcher es der Klägerin unmöglich gemacht habe, die erforderliche Sorgfalt aufzuwenden, sei Klägerin ohne ihr Verschulden versetzt worden.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Verschulden der Klägerin verneint. Der Schluß, daß es ihr infolge der Einschüchterung unmöglich gewesen sei, die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, sei nicht folgerichtig. Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht schließe hier auch die Einsicht in sich, daß der schon in unmittelbarer Nähe herankommende Motorwagen der Klägerin eine weit größere Gefahr bringen mußte, als die Bedrohung durch einen Knaben. Sei es an sich schon unwahrscheinlich, daß die damals nahezu zehn Jahre alte Klägerin durch die Verfolgung seitens des fünfjährigen Knaben vollständig den Kopf verloren habe, so würde auch, wenn man das annehmen wollte, die Frage, ob sie ein Verschulden treffe, doch auch von dem individuellen Reifezustand der Verletzten abhängen. In dieser Richtung aber seien Beweise in den Vorinstanzen nicht erhoben worden. Wenn die Klägerin an sich nach BGB. § 828 verantwortlich sei und, wie nicht zu bezweifeln, ihre Handlungsweise vom Standpunkte einer verantwortlichen Person aus eine grobe Fahrlässigkeit darstellte, so müßte ein Verschulden der Klägerin angenommen werden, solange sie nicht ihrerseits ganz besondere Umstände, die ihr Verhalten entschuldigen würden, dargetan habe. — Die Entscheidung der Vorinstanz beruhe materiell auf Rechtsirrtum und leide an ungenügender Begründung. Diese Angriffe können der Revision nicht zum Erfolg verhelfen. Unberechtigt sind zunächst die prozessualen Rügen. Ein Mangel der Begründung i. S. von ZPO. § 286 liegt nicht vor. Die Klägerin, die auf Anordnung des Gerichts in der Verhandlung der ersten Instanz persönlich erschienen war, ist auch in der Berufungsinstanz von dem beauftragten Richter des Oberlandesgerichts persönlich gehört worden. Anderweitige Beweiserhebungen über den Reifezustand der Klägerin sind — insbesondere für die Frage eines Verschuldens — von keiner Seite angeregt worden. Anlangend die sachliche Beurteilung, so hat das Berufungsgericht bei dem von ihm zugrunde gelegten Sachverhalt, wenngleich es der Klägerin die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nach BGB. § 828 beimißt, doch ein Verschulden derselben ohne Verstoß gegen BGB. § 276 und § 254 verneinen können. Richtig ist zwar, daß ein Verhalten wie das der Klägerin, die blindlings gegen die Straßenbahn anlief, als schuldhaft gelten müßte, wofern es nicht durch den Nachweis besonderer Umstände entschuldigt wäre. Aber solche Umstände hat die Vorinstanz positiv als erwiesen angenommen. Dabei war das Berufungsgericht durch den vom Gesetze aufgestellten an sich objektiven

Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht gehindert, bei dem hier in Betracht kommenden Verkehrsverhältnisse auch dem Geschlecht und jugendlichen Alter der verletzten Person zumal für die Frage Rechnung zu tragen, ob und in welchem Grade ein bestimmter Vorgang auf die Überlegungs- und Willensfähigkeit hemmend einwirken konnte. Daß die Klägerin durch die Bedrohung und Verfolgung seitens des Knaben N. in der Weise, wie das Berufungsgericht annimmt, in Furcht und Schrecken versetzt und zur Erkenntnis oder Abwägung der ihr von der Straßenbahn drohenden Gefahr unfähig gemacht worden sei, ist eine tatsächliche Feststellung, deren Richtigkeit von dem Revisionsgericht nicht nachzuprüfen ist. Es kommt übrigens noch in Rücksicht, daß nach Annahme des Berufungsgerichts der damals an der Unfallstelle herrschende starke Personen- und Wagenverkehr dazu beigetragen hat, daß die Klägerin die Signale und das Geräusch des (hinter ihr) anfahrenden Motorwagens nicht beachtete."

315. Zum Begriff des „Beteiligten" bei der Schadenzufügung. (BGB. § 830 Abs. 1). Urt. vom 7. Febr. 08, III 298/07.

„Das Berufungsgericht verneint die Haftbarkeit des Beklagten für den Unfall, der dem Kläger am 13. Dez. 01 zugestoßen ist, als er im Auftrage des Beklagten, bei dem er in der Lehre stand, einen Zentner Kohlen vom Hofe in die im ersten Stockwerk gelegene Wohnung des Mieters R. die Treppe hinauftrug und der dadurch herbeigeführt sein soll, daß die Treppenstufen mit Eis bedeckt gewesen seien. Zwar wird für erwiesen angesehen, daß bei Regenwetter und Tauwetter Wasser durch das schadhafte Treppendach — für dessen Mängel der Beklagte als Hauseigentümer verantwortlich sei — tropfte und bei Frost auf den Stufen gefror, andererseits aber auch, daß das Dienstmädchen des R. öfters — mitunter mehrmals täglich — Wasser in Eimern die Treppe hinaufgetragen hat, daß hierbei bisweilen Wasser übergelaufen ist und sich hierdurch bei Frost Eis auf den Treppenstufen gebildet hat. Auf Grund dieser Tatsachen kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß es unmöglich sei, festzustellen, ob der Kläger auf solchem Eis gestürzt sei, das sich infolge der Schadhaftigkeit des Treppendachs gebildet habe, oder auf solchem Eis, das seine Ursache in diesem Überlaufen des Wassers gehabt habe. Der auf die Schadhaftigkeit des Daches gestützte Anspruch des Klägers müsse danach schon deswegen als unbegründet gelten, weil der Zusammenhang zwischen dem Unfall und dieser Schadhaftigkeit nicht erwiesen sei.

Die Revision macht geltend, daß das Berufungsgericht BGB. § 830 Abs. 1 Satz 2 durch unterlassene Anwendung verletze. Diese Behauptung trifft aber nicht zu. Nach der angeführten gesetzlichen Bestimmung ist, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, jeder für den Schaden verantwortlich. Läßt sich nach der auf tatsächlichem Gebiet liegenden und deshalb unanfechtbaren Annahme des Berufungsgerichts nicht feststellen, durch wessen Handlung oder Unterlassung die Eisbildung verursacht ist und muß deshalb mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß das Eis nicht von dem durch das schadhafte Dach eindringenden Wasser, sondern allein von dem vom Dienstmädchen des R. verschütteten Wasser herrührt, so kann der Beklagte nicht als ‚Beteiligter' angesehen werden."

316. Verletzung eines Schülers während der Schulstunde durch eine von einem Mitschüler geschleuderte Stahlfeder. Umfang der Aufsichtspflicht des Lehrers, der beauftragt war, für die betr. Stunde neben der Erteilung des Unterrichts in seiner eigenen Klasse für die Beaufsichtigung der anderen Klasse zu sorgen. Aufsichtspflicht des Rektors? (BGB. §§ 832, 839). Urt. vom 13. Febr. 08, VI 195/07.

Der Kläger ist dadurch verletzt, daß ihm eine von seinem Mitschüler M. gegen die Wand des Klassenzimmers geschleuderte Stahlfeder ins Auge drang.

Er klagt u. a. gegen den Rektor der Schule S. und den Oberlehrer Dr. E., der für die Beaufsichtigung der Klasse zu sorgen hatte, auf Schadensersatz. Die Klage ist in zwei Instanzen abgewiesen. Die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Gegen den Beklagten Dr. E. ist die Klage auf BGB. § 832 gestützt; insoweit kommt folgender Sachverhalt in Betracht. Der Lehrer, der in der dritten Klasse, der der Kläger und der Beklagte M. angehörten, am Tage des Unfalls vormittags von 8 bis 9 Uhr Unterricht zu erteilen hatte, war erkrankt. Der Rektor der Schule (der Beklagte S.) hatte den Beklagten E., der während derselben Stunde in einer anderen Klasse zu unterrichten hatte, beauftragt, neben der Erteilung dieses Unterrichts auch für eine Beaufsichtigung der dritten Klasse zu sorgen. Der Beklagte war diesem Auftrag in der Weise nachgekommen, daß er zu Beginn der Unterrichtsstunde in der dritten Klasse erschienen war und den Schülern Beschäftigung gegeben, im übrigen aber die Aufsicht einem Schüler übertragen hatte. Daß er — wie er behauptet — während der Unterrichtsstunde mehrere Male in die dritte Klasse gekommen sei, ist nicht festgestellt. Das Berufungsgericht nimmt an, daß er die ihm übertragene Aufsicht ordnungsgemäß ausgeübt hat, ohne daß ihn ein Verschulden trifft; zu dessen Begründung führt es folgendes aus. Die Aufsichtspflicht habe sich nicht weiter erstrecken können, als sein Amt es verlange, d. h. nicht weiter, als ihm durch allgemeine Anordnungen und spezielle Weisungen seiner Vorgesetzten vorgeschrieben gewesen sei. Da ihm die Beaufsichtigung der dritten Klasse neben dem Unterricht in seiner eigenen Klasse übertragen gewesen und er dieser in erster Linie seine Aufmerksamkeit habe zuwenden müssen, habe er die Aufsicht über die dritte Klasse in keiner anderen Weise ausüben können, als es tatsächlich geschehen sei. Unerheblich sei, ob er ein oder mehrere Male in die Klasse gekommen sei. Selbst ein einmaliges Erscheinen müsse als genügend angesehen werden, aber auch durch ein häufigeres Erscheinen wäre nicht verhütet worden, daß die Schüler Unfug trieben, solange der Beklagte in der Nebenklasse gewesen sei. Die Aufsicht sei aber auch objektiv genügend und sachgemäß gewesen. Denn die Aufgabe der Schule sei in erster Linie die Erteilung des Unterrichts, nebenbei seien allerdings auch Disziplin und Ordnung zu wahren. Die Schule sei aber nicht dazu berufen, die Schüler auf Schritt und Tritt zu überwachen und sie verletze ihre Aufsichtspflicht nicht schon dadurch, daß im Falle der Erkrankung eines Lehrers eine Klasse von 13jährigen Knaben eine Stunde lang ohne beständige Aufsicht arbeiten müsse. Selbst bei dauernder Überwachung durch den Lehrer würden in einer großen Klasse derartige Spielereien, wie sie hier vorgekommen seien, sich nicht vollkommen vermeiden lassen.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß ein jeder der beiden Fälle, in denen nach BGB. § 832 Abs. 1 Satz 2 eine Ersatzpflicht nicht eintritt, gegeben ist. Diese Ausführungen sind durchaus zutreffend und frei von Rechtsirrtum. Mit Recht ist daher auch dem Beklagten E. gegenüber die Klage abgewiesen worden.

3. Die Klage gegen den Rektor S. ist ebenfalls auf § 832 gestützt. Das ist von vornherein verfehlt, da dem Leiter einer Schule als solchem eine Aufsichtspflicht im Sinne dieser Gesetzesbestimmung überhaupt nicht obliegt. Zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, daß er nur dafür zu sorgen hat, daß im Einzelfall die geeigneten Lehr- und Aufsichtskräfte vorhanden sind. Der Kläger hat auch die Verletzung dieser Pflicht behauptet, insofern der Beklagte der städtischen Schuldeputation die Einreichung eines Berichts für den Fall der Dauer der Erkrankung des Klassenlehrers über den 16. April 1904 hinaus in Aussicht gestellt, den Bericht aber nicht eingereicht habe. Mit Recht erhebt die Vorinstanz den Zweifel, ob nicht jene Pflicht, wie überhaupt die Regelung der Vertretung von Lehrern vermöge ihres Zusammenhangs mit den Schulzwecken lediglich auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegt. Jedenfalls könnte ihre Verletzung, wenn sie die Ursache des dem Kläger entstandenen Schadens wäre, einen Schadensersatzanspruch nur gemäß BGB. § 823 begründen, ins-

besondere nicht auch nach § 839, weil jene Pflicht dem Leiter der Schule nicht den Schülern gegenüber obliegt. Es braucht aber auf diese Frage überhaupt nicht weiter eingegangen zu werden, ebensowenig darauf, ob dem Beklagten, wie die Revision geltend macht, ein Vorwurf deswegen gemacht werden kann, weil er weiteren Bericht nicht erstattet hat; denn nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts war die vom Beklagten angeordnete Art der Aufsicht sachgemäß und genügend und es würde auch bei einer Beaufsichtigung im weiteren Umfang der Schaden entstanden sein. Hieraus ergibt sich, daß die Klage auch dem Beklagten S. gegenüber unbegründet ist."

317. Verletzung eines dem Trainer übergebenen Rennpferdes durch ein ihm ebenfalls zum Trainieren übergebenes anderes Rennpferd. Ist der Besitzer eines zum Trainieren übergebenen Pferdes „Tierhalter"? Ausschluß der Haftung durch stillschweigende Vereinbarung mit dem Besitzer des anderen Pferdes? (BGB. §§ 833, 305). Urt. vom 20. Febr. 08, IV 289/07.

„Das Berufungsurteil beruht auf einer zutreffenden Anwendung des BGB. § 833. Wenn die Revision den Zweifel anregt, ob das Rennpferd ‚Mein Glück' zur Zeit des Unfalls von dem Beklagten gehalten worden sei, weil der Beklagte das Pferd damals dem Frank S. zum Trainieren übergeben gehabt habe, so ist das unbegründet. Denn das Pferde diente zu dieser Zeit den Zwecken des Beklagten, nicht denen des S. Dieser versah an dem Pferde nur eine ihm vom Beklagten aufgetragene Verrichtung. Hatte er hiervon einen eigenen Vorteil, so war das nicht eine Nutzung des Pferdes, sondern ein Ertrag seiner Arbeit. Die für den Tierhalterbegriff wesentlichen äußeren Beziehungen des Beklagten zu seinem Pferde waren daher, obwohl das Pferd sich damals vollständig in der unmittelbaren Verfügungsgewalt des S. befand, nicht in der die Anwendung des § 833 ausschließenden Vollständigkeit gelöst. Das Pferd gehörte vielmehr immer noch dem Wirtschaftsbetriebe des Beklagten an und war nicht einmal vorübergehend aus ihm ausgeschieden (vgl. RGZ. 62, 81 ff.; 66, 1 ff.).

Von der Revision wird sodann gerügt, daß der Berufungsrichter der Verteidigung des Beklagten zu Unrecht den Erfolg versagt habe. Ihr konnte jedoch nicht beigetreten werden.

1. Anknüpfend daran, daß der Kläger sein Rennpferd gleichfalls dem S. zur Schulung übergeben hatte, hatte Beklagter eingewandt, für solche Fälle bestehe eine Verkehrssitte, wonach die beim Zusammenstarten und Zusammengaloppieren der Pferde häufig entstehenden Folgen des gegenseitigen Stoßens und Schlagens von keinem Besitzer eines Rennpferdes dem anderen gegenüber zu vertreten seien. Das gelte ebenso bei Übungsritten wie bei dem Rennen selbst. Mit Recht hat der Berufungsrichter einer solchen Verkehrssitte, falls sie bestände, keine die Gesetzesvorschrift des § 833 entkräftende Wirkung beigemessen. Die Revision scheint gleichfalls nicht davon ausgehen zu wollen, daß das Bestehen jener Verkehrssitte für sich allein die Haftung des Beklagten ausschließe. Sie versucht jedoch die Wirksamkeit der Observanz daraus herzuleiten, daß der Besitzer eines Rennpferdes, wenn er das Pferd bei dem Trainer einstelle, auf Ersatz für die daselbst dem Pferde durch andere Pferde etwa zugefügten Beschädigungen verzichte und daß dieser Verzicht von allen Besitzern der bei demselben Trainer bereits eingestellten oder noch einzustellenden Rennpferde angenommen werde. Damit wird also behauptet, von der Haftung für den Tierschaden sei der Beklagte durch Vertrag befreit worden. Daß die Parteien miteinander einen Vertrag abgeschlossen haben, ergibt sich indessen weder aus dem, was der Beklagte in den Vorinstanzen vorbrachte, noch aus seiner jetzigen Darstellung, wobei davon abgesehen werden kann, ob diese Darstellung über die Grenzen des bisherigen Vorbringens hinausgeht. Das von der Revision herangezogene Urteil des RG. vom 18. März 07 (RGZ. 65, 313 ff. und DJZ. von 07, 659) hat das Zustandekommen eines die Tier-

halterhaftung ausschließenden Vertrages zwischen dem Beschädigten und dem Tierhalter zur Voraussetzung. Es betrifft die Frage, wann die Vereinbarungen der Beteiligten im Sinne einer solchen Befreiung von der Haftung verstanden werden können. Hier dagegen haben irgend welche Vereinbarungen der Parteien untereinander überhaupt nicht stattgefunden."

318. **Beweispflicht für das Verschulden eines Reitknechts, der durch das von ihm gerittene Pferd seines Dienstherrn einen Unfall erleidet** (BGB. § 833). Urt. vom 6. Febr. 08, IV 285/07.

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war dem Kläger von dem Stallmeister des Beklagten die Wartung und das Ausreiten des Pferdes D. übertragen worden. Der Kläger sollte dem Pferd gewisse Unarten abgewöhnen, jedoch war ihm keine selbständige Verfügung über das Tier eingeräumt. Kläger hatte den Anordnungen des Stallmeisters, als seines Vorgesetzten, Folge zu leisten; dieser bestimmte insbesondere, wann und wie lange das Pferd auszureiten sei. Das Pferd hatte den Fehler, daß es oft bei nicht abzusehenden Zufälligkeiten scheu wurde, in solchen Fällen plötzlich sprang und 15 bis 30 m abseits ging, ehe man es bändigen konnte, leicht stolperte und leicht, auch unter dem besten Reiter, in Galopp verfiel. Wie in dem Urteile des Landgerichts angeführt ist, hatte der Stallmeister den Kläger als tüchtigsten Reiter beauftragt, das Pferd zu reiten. An dem Tage, als der Unfall sich ereignete, ritt der Kläger mit zwei anderen Reitknechten aus. Das Pferd rannte im Galopp über eine Brücke und stürzte jenseits der Brücke.

Bei dieser Sachlage ist die Anwendung des BGB. § 833 nicht zu beanstanden.

Zu der Frage, ob bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Klägers mitgewirkt habe, hat der Berufungsrichter angeführt, der Beklagte sei für seine Behauptung, daß der Unfall durch ein Verschulden des Klägers verursacht worden sei, beweispflichtig. Diese Erwägung ist nicht zu billigen. Der Kläger, der vertragsmäßig dafür zu sorgen hatte, daß das Pferd weder Schaden leide noch Schaden zufüge, ist beweispflichtig dafür, daß er seiner Vertragspflicht genügt habe (vgl. RGZ. 58, 413; 61, 56; JW. 05 S. 392 Nr. 10, S. 393 Nr. 11, S. 528 Nr. 7; 07 S. 710 Nr. 17). Allein es ist nicht anzunehmen, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts auf der unrichtigen Rechtsauffassung beruht. Denn der Berufungsrichter, der die Feststellung des Landgerichts, das Pferd sei dem Kläger als tüchtigsten Reiter anvertraut worden, unberührt ließ, hat einerseits festgestellt, daß der Kläger bei dem Ausreiten am 27. August 1903 nüchtern war, andrerseits, daß das Pferd die Eigenschaft hatte, leicht zu stolpern und leicht in Galopp zu verfallen, ferner, daß das Ausreiten des Pferdes auch für einen gewandten und geübten und mit den Eigentümlichkeiten des Tieres vertrauten Reitknecht mit Gefahr verbunden war, endlich, daß der Unfall sich zutrug, nachdem das Pferd im Galopp über eine Brücke gerannt war. Unter diesen Verhältnissen muß der dem Kläger obliegende Beweis erbracht erscheinen. Übrigens wäre auch die von dem Berufungsgericht offen gelassene Frage, ob ein absichtliches Galoppreiten dem Kläger als Verschulden anzurechnen wäre, nach den von dem Berufungsrichter dargelegten Umständen des Falles zu verneinen.

Hiernach beruht die Annahme des Berufungsrichters, daß bei der Entstehung des Schadens kein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt habe (BGB. § 254), nicht auf Gesetzesverletzung."

319. **Unzulässigkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung des begünstigten Rechts beim Rangvorbehalt** (BGB. § 881 Abs. 1, 2). Urteil vom 3. März 08, II 491/07.

„Die Revision konnte keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht verneint, daß ein dinglich wirksamer Vorbehalt vorliege, die für den Bauwert des noch zu errichtenden Backhauses bei der

Amtssparkasse H. aufzunehmende Hypothek mit Rang vor der Hypothek über die 12500 ℳ eintragen zu lassen. Dazu gelangt es aus zwei Erwägungen. — Einmal fehle die in BGB. § 811 Abs. 2 verlangte Eintragung in das Grundbuch bei dem Rechte, das zurücktreten solle, und zwar die spezielle Eintragung, da die in BGB. § 874 zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts für zulässig erklärte Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung für den Rangvorbehalt nicht genüge. Dem gedachten Erfordernisse sei daher nicht genügt, wenn in der Eintragsbewilligung für die Kaufgelderhypothek durch Bezugnahme auf den Kaufvertrag, der den Grundbuchakten angeschlossen wurde, auf den § 3 jenes Kaufvertrags und damit auf den gedachten Vorbehalt Bezug genommen sei. Für den Rangvorbehalt nach § 881 genüge eine solche Bezugnahme auf den Inhalt der Eintragungsbewilligung nicht. — Sodann verlange § 881 Abs. 1, daß der Rangvorbehalt ein dem Umfang nach bestimmtes Recht betreffe. Diesem Erfordernisse genüge der Vorbehalt in § 3 des Vertrages gleichfalls nicht.

Die Revision rügt ohne nähere Begründung Verletzung des § 881; indes mit Unrecht. Beide Erwägungen des Berufungsgerichts sind frei von Rechtsirrtum."

320. Zum Begriff der vom Nießbraucher zu vertretenden Verschlechterung der Sache (BGB. §§ 1041, 1057). Urt. vom 20. Febr. 08, IV 238/07.

„Für den Umfang der Rechte und Pflichten der Klägerin aus diesem Nießbrauch ist daher das Preußische Landrecht maßgebend, und zwar auch hinsichtlich der mit dem Nießbrauch kraft Gesetzes verbundenen schuldrechtlichen Verpflichtungen, als welche die hier in Frage stehende Verpflichtung zur Unterhaltung der Gebäude (AllgLR. §§ 47 ff. Teil I Tit. 21) erscheint. Die Anwendbarkeit der über die Verjährung der Ersatzansprüche des Eigentümers in BGB. § 1057 getroffenen Bestimmung wird hierdurch jedoch nicht ausgeschlossen. EGBGB. Art. 169 läßt die Vorschriften des BGB. über die Verjährung auch auf die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Ansprüche mit der Maßgabe zur Anwendung kommen, daß, wenn die Verjährungsfrist nach dem BGB. kürzer ist als nach den bisherigen Gesetzen, die kürzere Frist (sofern nicht die Verjährungsfrist des alten Rechts früher abläuft) von dem Inkrafttreten des BGB. an berechnet wird. Dieser Fall liegt hier vor. Nach BGB. § 1057 verjähren die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in sechs Monaten, welche Frist für den Eigentümer mit der Rückgabe der Sache, für den Nießbraucher mit der Beendigung des Nießbrauchverhältnisses beginnt. Der § 1057, welcher erst von der zweiten Kommission als § 966 in den Entwurf aufgenommen ist, hat die auf die Ersatzansprüche des Mieters und des Vermieters bezügliche Vorschrift des § 558, welche durch § 606 auch auf die Leihe ausgedehnt ist, auf das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher übertragen. Er soll den Eigentümer und den Nießbraucher zu einer baldigen Auseinandersetzung über die beiderseitigen Ersatzansprüche nötigen, was um so mehr als wünschenswert erachtet wurde, als bei verspäteter Geltendmachung, wenn inzwischen Veränderungen stattgefunden haben, der andere Teil oft nicht mehr in der Lage sein wird, den erforderlichen Gegenbeweis zu liefern (Prot. II, 177). Die Vorschrift des § 1057 trifft hiernach zu für alle Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Nießbraucher bei Rückgewähr der Sache, welche aus der veränderten oder verschlechterten Beschaffenheit der Sache hergeleitet werden, mögen sie nun in einer unerlaubten Handlung oder in einem Zuwiderhandeln gegen die besonderen Pflichten des Nießbrauchers ihren Grund haben. Unbedenklich fallen hierunter auch die Ersatzansprüche, welche der Eigentümer darauf gründet, daß der Nießbraucher die ihm obliegende Pflicht der wirtschaftlichen Unterhaltung der Gebäude verletzt habe. Denn auch in diesem Falle handelt es sich darum, daß die Be-

schaffenheit der Sache, was später nur schwer festzustellen ist, eine Verschlechterung erfahren hat. Die Sache kann nicht mehr in unversehrtem Bestande an den Eigentümer zurückgegeben werden (vgl. Staudinger zu § 1055 Anm. 1b, wo ausdrücklich die auf die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers bezügliche Vorschrift des § 1041 angezogen und hierbei wegen der Verjährung auf § 1057 verwiesen wird). Nicht betroffen von § 1057 wird dagegen der Ersatzanspruch des Eigentümers wegen der vom Nießbraucher verschuldeten Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache."

321. Valutierung der abgetretenen Hypothek durch den Zessionar (BGB. § 1163). Urt. vom 29. Jan. 08, V 232/07.

„. . . Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß (wie nach früherem, so auch nach heutigem Recht) eine Hypothek auch nachträglich valutiert werden kann; sie geht dann von selbst, ohne besondere Umwandlung, aus der zunächst entstehenden Eigentümergrundschuld in eine Hypothek über (vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., I S. 920 Anm. 11 zu § 1163 BGB.). Ähnliches gilt, wie nach früherem Recht (vgl. RGZ. 27, 172), so auch nach heutigem, wenn nach der Abrede der Beteiligten die Hypothek (zur Geldbeschaffung oder aus sonstigen Gründen) abgetreten wird — und die Valutierung erst in der Person des Zessionars erfolgen soll. Dies ist vom Reichsgericht bereits in wiederholten Entscheidungen anerkannt worden (vgl. außer dem Urt. in RGZ. 60, 21, das eine nicht gesicherte Darlehnsforderung betrifft, auch die die Hypothekenvalutierung betreffenden Urt. vom 8. Dez. 06 im ZBlFG. Jahrg. 8 S. 245, vom 17. Juni 07, V 550/06 und vom 27. April 07, V 441/06) . . ."

322. Verpfändung eines Holzlagers auf einem gemieteten Platze. Wirksame Übergabe? (BGB. § 1205). Urt. vom 31. Jan. 08, VII 161/07.

„Auch die Entscheidung hinsichtlich des Lagers Gl. Str. 6 läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Berufungsrichter sieht als erwiesen an, daß der Zeuge H. den Platz nicht dem Beklagten R., sondern dem Gemeinschuldner zur Lagerung von Holz mietweise überlassen hatte, daß H. keineswegs Lagerhalter des Gemeinschuldners und später des Beklagten R. war. Bei dieser Sachlage nimmt der Berufungsrichter zutreffend an, daß eine Verpfändung gemäß BGB. § 1205 Abs. 2 durch Übertragung des mittelbaren Besitzes gar nicht möglich war und daß auch der unmittelbare Besitz vom Gemeinschuldner auf den Beklagten R. nicht übertragen worden ist. Zu Unrecht rügt die Revision, daß der in der Berufungsrechtfertigung (Bd. 2 Bl. 14) für die Ermietung des Platzes namens des Beklagten R. angetretene Beweis nicht erhoben sei, denn nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ist dieser Beweisantritt nicht vorgetragen."

323. Unkenntnis von einer bei der Eheschließung vorhandenen dauernden intellektuellen Störung beim anderen Ehegatten als Grund zur Anfechtung der Ehe (BGB. §§ 1333). Urt. vom 13. Febr. 08, IV 307/07.

„In dem Berufungsurteil ist, was die von dem Kläger erhobene Anfechtungsklage betrifft, auf Grund der Gutachten des inzwischen verstorbenen Prof. F. in St. und der Aussage des Dr. N. festgestellt, daß die Beklagte von jeher an einer gewissen Störung auf intellektuellem Gebiete, die sich namentlich in einer Schwäche des Gedächtnisses und des Urteils äußert, gelitten hat, daß dieser ‚Defekt' bald nach der Eheschließung von dem Kläger erkannt sein muß, daß außerdem die Beklagte in der Zeit vom Dezember 1900 bis März 1901 an chorea minor (Veitstanz) erkrankt war, welche Erkrankung bei ihrer längeren Dauer, und da die Beklagte damals bereits im Alter von 24 Jahren stand, als eine verhältnismäßig schwere bezeichnet werden muß. Diese Krank-

heit, die in einer Nervenaffektion mit fortwährenden unwillkürlichen Zuckungen von Muskelgruppen besteht, mußte nach dem Gutachten von F. auf die psychische Eigenart der Beklagten ungünstig einwirken, und zwar um so mehr, als allem Anschein nach als Folge der chorea, geringe Veränderungen am Herzen (Unregelmäßigkeit der Herztöne) zurückgeblieben sind. Im Anschluß an diese chorea hat sich die geistige Störung der Beklagten weiter entwickelt. Bei der am 18. Februar 1904 von Prof. F. vorgenommenen Untersuchung fand dieser eine ausgesprochene Psychose bei der Beklagten vor, welche in dem Gutachten vom 2. März 04 näher beschrieben ist und welche sich, nachdem die Beklagte in die ihr gewohnten Verhältnisse des Elternhauses zurückgekehrt war und ärztlich behandelt wurde, verhältnismäßig schnell wieder gemindert hat. Bei der zweiten Untersuchung durch Prof. F. im Sommer 1905 befand sich die Beklagte nicht mehr in dem Erregungszustande vom Februar 1904, wohl aber war auch jetzt noch die erwähnte Störung auf intellektuellem Gebiete vorhanden. Bei dieser Lage der Sache erachtet das Berufungsgericht den Kläger zur Anfechtung der Ehe wegen Irrtums für berechtigt, da es sich um einen Irrtum über solche persönliche Eigenschaften der Beklagten handle, die den Kläger bei Kenntnis des Sachverhalts und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden (BGB. § 1333). Hiergegen erhebt die Revision den Angriff, es sei nicht klar ersichtlich, ob die intellektuelle Störung oder die überstandene chorea als eine persönliche Eigenschaft der Beklagten von dem Berufungsgericht angesehen werde. Anscheinend sei letzteres der Fall. In dem Überstehen der chorea könne aber eine Eigenschaft i. S. des § 1333 nicht erblickt werden. Die Richtigkeit dieses Satzes kann der Revision zugegeben werden. Das Überstehen einer Krankheit ist etwas Vorübergehendes und kann den Begriff einer bleibenden Eigenschaft einer Person nicht erfüllen. Ebensowenig stellt eine vorübergehende Geistes- oder Gemütsstörung oder eine bloße Anlage zur Geisteskrankheit als eine Eigenschaft i. S. des § 1333 sich dar. Auch eine bloße geistige Minderwertigkeit kann regelmäßig zur Anfechtung der Ehe wegen Irrtums nicht genügen. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich um mehr. Bei der Beklagten war zur Zeit der Eheschließung eine dauernde Störung auf intellektuellem Gebiete vorhanden, welche dadurch eine besondere Bedeutung gewonnen hatte, daß eine schwere Erkrankung an chorea hinzugekommen war. In Verbindung mit dieser Erkrankung bedeutete die geistige Schwäche mehr als eine bloße Minderwertigkeit. Daß die Beklagte eine gewisse geistige Schwäche hatte, hat der Kläger, der nur sehr kurze Zeit verlobt war, bald nach Eingehung der Ehe erkennen müssen. Was er aber nicht sogleich erkennen konnte und nach der Feststellung des Berufungsgerichts erst im Februar 1904 erfahren hat, war der besondere Umstand, daß die Beklagte längere Zeit an chorea erkrankt gewesen war, was in Verbindung mit dem Grundleiden eine besondere und erheblich schwerere Krankheitsform geschaffen hatte. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht auf Grund des F.schen Gutachtens an, daß das Bestehen eines derartigen Leidens einen Mann bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe sehr wohl von Eingehung der Ehe abhalten konnte. Es kommt hierfür in Betracht, daß eine Wiederkehr der Choreakrankheit und ein schädlicher Einfluß dieses Krankheitszustandes auf die Nachkommenschaft der Mutter zu besorgen ist. Die objektive Erheblichkeit des Irrtums kann hiernach nicht zweifelhaft sein (vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 11. April 04, JW. 04, 284 Nr. 2 und vom 2. Febr. 05, JW. 05, 175 Nr. 18; s. auch das früher für das gemeine protestantische Eherecht ergangene Urt. des RG. vom 13. Jan. 91, Entsch. des RG. 27, 160). In Frage kann nur kommen, ob nach dem subjektiven Empfinden des Klägers dieser bei Kenntnis der wahren Natur des Leidens von der Eingehung der Ehe sich hätte abhalten lassen. Das Berufungsgericht bejaht dies unter der Ausführung, daß dem Kläger bei seiner Stellung und seinem Bildungsgrade Vorsicht in dieser Beziehung zuzutrauen sei. Diese Annahme ist rechtlich nicht zu beanstanden. Von Wichtigkeit hier-

für ist namentlich, daß es sich nicht um einen gleichbleibenden Krankheitszustand handelte, der für den Kläger eher erträglich gewesen wäre, daß vielmehr, wie im Berufungsurteil im Anschluß an das ärztliche Gutachten zutreffend hervorgehoben wird, eine ungünstige Beeinflussung des Leidens durch das eheliche Leben (Geschlechtsverkehr und Schwangerschaft) zu erwarten war, wie denn auch in verhältnismäßig kurzer Zeit nach der Eheschließung ein die Zurechnungsfähigkeit aufhebender Erregungszustand bei der Beklagten eintrat, in welchem sie, ohne daß vernünftige Beweggründe hierfür vorlagen, versuchte, sich selbst das Leben zu nehmen. Der als Zeugin vernommenen Pförtnerin A. hat sie als Grund zu dem Selbstmordversuche im Februar 1904 angegeben, daß sie von ihrem Manne zu wenig Haushaltungsgeld bekomme und daß er, wenn sie ausginge, mit ihrer Toilette immer unzufrieden sei, und auch in dem an Dr. N. gerichteten Schreiben vom 3. Nov. 05 bringt sie keine haltbaren Gründe vor. Dem Sachverständigen F. gegenüber hat sie nach dessen Gutachten bald erklärt, daß sie in den beiden Fällen die Absicht gehabt habe, sich das Leben zu nehmen, bald hat sie die Sache so dargestellt, daß es sich nur um einen Scherz gehandelt habe und sie nur ihren Mann habe erschrecken wollen. Der Revision kann auch nicht darin beigepflichtet werden, daß die im Berufungsurteil enthaltene Bemerkung, Kläger würde, wenn er vor der Eheschließung von der vor zwei Jahren von seiner Braut überstandenen chorea Mitteilung erhalten hätte, auf deren Geisteszustand aufmerksam geworden sein, der erforderlichen Begründung entbehre. Ihre Begründung findet diese Bemerkung darin, daß der Kläger als Zahnarzt medizinisch nicht ungebildet ist und deshalb ein gewisses Verständnis für die Bedeutung der chorea bei ihm vorausgesetzt werden darf. Es kommt übrigens hierauf nicht entscheidend an. Maßgebend ist, wie Kläger sich verhalten haben würde, wenn er die wahre Natur des Leidens, das eine unmittelbare Gefährdung der Zwecke der Ehe nach sich zog, richtig erkannt hätte.

Die auf die Anfechtungsklage ergangene Entscheidung kann hiernach nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden."

324. Der Gebrauch des Wortes „vergeben" bedeutet nicht notwendig ein Verzeihen des Ehebruchs im Rechtsſinn (BGB. § 1570). Urt. vom 10. Febr. 08, IV 306/07.

„Die Revision wendet sich dagegen, daß der Berufungsrichter in der auf Eid gestellten Äußerung der Klägerin, die sie nach Entdeckung des Ehebruchs zum Beklagten getan haben soll, keine Verzeihung im Sinne des Gesetzes erblickt. Die Äußerung soll gelautet haben: ‚Ich habe es dir vergeben; sieh nur zu, daß nichts herauskommt; aber ich will nicht versprechen, daß ich es meinen Eltern nicht erzähle.' Allein die Revision irrt, wenn sie mit dem Gebrauche des Wortes ‚verzeihen' oder ‚vergeben' unter allen Umständen den Tatbestand des § 1570 als gegeben bezeichnet. Wenn auch die Verzeihung nicht eigentlich Rechtsgeschäft und die Kundgebung der Verzeihung nicht eigentlich Willenserklärung ist, so gilt doch auch hier die Vorschrift des BGB. § 133, wonach der Richter den wahren Sinn der Erklärung zu erforschen und dabei an der buchstäblichen Bedeutung des Ausdrucks nicht zu haften hat. Diese Prüfung hat der Berufungsrichter vorgenommen. Er kommt zu dem Ergebnis, die Klägerin habe damit nicht sagen wollen, sie sehe die Ehe trotz des Ehebruchs nicht als zerrüttet an und halte ein weiteres Zusammenleben mit dem Beklagten für möglich, sie habe ihm vielmehr, wie er sich ausdrückt, nur eine ‚moralische' Verzeihung gewährt. Er vermißt mithin auf seiten der Klägerin gerade diejenige Sinnesrichtung und diejenige Erklärung, welche auch nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts für den Begriff der Verzeihung wesentlich ist. Es ist durchaus denkbar, daß sich der gekränkte Ehegatte durch Christenpflicht und Sittengesetz für gebunden erachtet, Gefühle des Hasses und der Rache zu unterdrücken, aber dennoch ablehnt, das Opfer ferneren ehelichen

Zusammenlebens mit dem schuldigen Teile zu bringen. Von einem geheimen und deshalb nicht zu beachtenden Vorbehalt kann dabei um so weniger die Rede sein, als nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters die wahre Meinung der Klägerin auch dem Beklagten erkennbar gewesen ist."

325. Inwieweit ist bei Bemessung einer Rente eine für später zu erwartende notwendige Erhöhung der Ausgaben zu berücksichtigen? (BGB. § 1612; ZPO. § 323). Urt. vom 2. März 08, IV 331/07.

„Die Revision der Klägerin bestreitet nicht, daß der ihr zugesprochene Unterhalt von jährlich 2400 ℳ nach ihren gegenwärtigen Gesundheitsverhältnissen zur standesgemäßen Lebenshaltung ausreicht. Sie meint aber, der Berufungsrichter hätte schon jetzt in Betracht ziehen müssen, daß ihr Herzleiden in der Verschlimmerung begriffen sei, daß ihr dadurch die Notwendigkeit erhöhter Ausgaben erwachsen werde und daß deshalb der Beklagte zu gewissen allmählich gesteigerten Unterhaltungsleistungen zu verurteilen gewesen wäre. Allerdings hatte sich der Sachverständige Dr. P., dem der Berufungsrichter folgt, dahin geäußert, das Leiden der Klägerin werde ‚in absehbarer Zeit' dauernde ärztliche Behandlung fordern, da es ‚schließlich' zu Kompensationsstörungen im Kreislauf führen werde. Allein dem Berufungsrichter kann nicht der Vorwurf der Rechtsverletzung gemacht werden, wenn er die Zeitangaben des Sachverständigen zu unbestimmt findet, um darauf bei Bemessung der Rente schon jetzt Rücksicht nehmen zu können. Es ist bekannt, daß die Entwickelung körperlicher Leiden von mancherlei Zufälligkeiten abhängig ist und nicht nach so bestimmten Gesetzen verläuft, um in einem gegebenen Augenblick auch nur annähernd voraussagen zu können, die Krankheit werde sich nach Jahr und Tag in dem und dem bestimmten Stadium befinden und die Anwendung der und der bestimmten Heil- oder Linderungsmittel notwendig machen. Auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (JW. 05 S. 152 Nr. 38 u. 283 Nr. 4), auf die Klägerin Bezug nimmt, ist anerkannt, daß in solchen Fällen der Richter nicht genötigt ist, die Rente schon jetzt vorausschauend nach bestimmten Beträgen und Zeiträumen abzustufen. Zu einer nochmaligen Vernehmung des Sachverständigen war der Berufungsrichter nicht verpflichtet (ZPO. § 412 Abs. 1). Die Klägerin ist mithin durch Zuerkennung einer Jahresrente von 2400 ℳ nicht beschwert und durch ZPO. § 323 in dem Rechte geschützt, für den Fall wesentlicher Verschlimmerung ihres Gesundheitsstandes künftig den Anspruch auf Erhöhung der Rente geltend zu machen."

326. Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung? (BGB. §§ 2150, 2048). Urt. vom 27. Febr. 08, IV 537/07.

„Das BGB. bietet dem Erblasser im wesentlichen zwei verschiedene Wege, durch eine letztwillige Verfügung mit obligatorischer Wirkung bestimmte Nachlaßstücke einem von mehreren Miterben zuzuweisen, das Vorausvermächtnis (§ 2150) und die Teilungsanordnung. Im ersten Falle erhält der Miterbe die zugewendeten Nachlaßstücke außer seinem Erbteile, im zweiten Falle muß er sie sich auf seinen Erbteil anrechnen lassen. Was der Erblasser im Einzelfalle gewollt hat, ist Auslegungsfrage. Das Berufungsgericht hat aus dem gesamten Inhalt des Testaments, insbesondere aus der Anordnung, daß der Kläger die Grundstücke zu den vom Erblasser bestimmten Preisen übernehmen solle, in dem vorliegenden Falle entnommen, daß nach dem Willen des Erblassers eine Anrechnung, und zwar in Höhe der von ihm angegebenen Wertbeträge, auf den Erbteil des Klägers erfolgen solle, ähnlich dem im BGB. § 2049 für Landgüter besonders geregelten Falle einer Teilungsanordnung. Die ausreichend begründete Auslegung des Berufungsgerichts kann als rechtsirrig nicht bezeichnet werden. Demgegenüber ist es unerheblich, wenn die Revision darauf hinweist, daß der vom Erblasser bestimmte Übernahmepreis erheblich unter dem wirklichen Wert der Grundstücke zurückbleibe und daß mit Rücksicht hierauf ein vom BGB. nicht geregeltes Vorausvermächtnis in einem weiteren

Sinne vorliege. Allerdings kann eine Teilungsanordnung, die einem Miterben bestimmte Nachlaßstücke zu niedrig bemessenen Übernahmepreisen zuweist, zugleich eine Bevorzugung eines Miterben den anderen Miterben gegenüber enthalten und einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg haben, als wenn dem Miterben ein Vorausvermächtnis in Höhe der Preisdifferenz hinterlassen wäre. Dieser wirtschaftliche Erfolg ist aber für die Bestimmung des rechtlichen Charakters einer Anordnung des Erblassers nicht entscheidend. Bereits in den Motiven zu dem mit dem ersten Satze des BGB. § 2048 fast genau übereinstimmenden § 2152 des ersten Entwurfs wurde hervorgehoben, daß in einer an sich nicht in den Bereich der Vermächtnisse fallenden Teilungsanordnung ein Vermächtnis enthalten sein könne, daß es jedoch ratsam sei, die Zulässigkeit einer Anordnung dieser Art besonders auszusprechen (Mugdan, Materialien 5, 370). Daß eine die Anrechnung auf den Erbteil festsetzende Zuweisung einzelner Nachlaßstücke an einen Miterben trotz der in der Bestimmung niedrig gegriffener Übernahmepreise liegenden Bevorzugung des Miterben seitens des Erblassers sich rechtlich als Teilungsanordnung i. S. des BGB. § 2048 und nicht als Vorausvermächtnis i. S. des § 2150 charakterisiert, wird denn auch in der Literatur überwiegend anerkannt (Planck und Staudinger zu § 2150; Strohal, Erbrecht § 29 Note 10 zu § 2150).

327. **Kann ein Staat durch Landesgesetz an Stelle des Beamten auch die Haftung für solchen Schaden übernehmen, bei dem die Haftung des Beamten nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilen wäre?** (EGBGB. Art. 77; Bad. AGBGB. Art. 5). Urt. vom 18. Febr. 08, III 385/07.

„Mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts über die rechtlichen Grundlagen der Haftung des Gerichtsvollziehers dem beauftragenden Gläubiger gegenüber hat sich das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, in Widerspruch gesetzt. Es führt in seinem Urteile die Entsch. des RG. 16, 396 ff. und 56, 90 ff. an und zieht aus ihnen die zutreffende Folgerung, daß danach zwar die Verantwortlichkeit des Gerichtsvollziehers bei der Vornahme von Zwangsvollstreckungshandlungen dem beauftragenden Gläubiger gegenüber nach Vertragsgrundsätzen, jetzt nach den die Geschäftsbesorgung betreffenden Bestimmungen des BGB. (§ 675), zu beurteilen sei, daß aber der Gerichtsvollzieher zum Gläubiger nicht lediglich in einem Vertragsverhältnisse stehe, sondern ihm zugleich als ein mit öffentlicher Gewalt ausgestatteter Beamter gegenüberstehe und daß deswegen die Zwangsvollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers auch dem Gläubiger gegenüber Amtshandlungen blieben, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommen würden.

Im übrigen beruht das angefochtene Urteil auf der irrevisiblen Norm des Bad. AGBGB. Art. 5, worin bestimmt ist: ‚Verletzt ein Beamter des Staats in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft dem Beteiligten gegenüber die im BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat.' Das Berufungsgericht versteht diese Vorschrift dahin, daß sie für alle Fälle, wo durch eine in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommene Handlung eines Beamten einem Dritten unter Verletzung der dem Beamten ihm gegenüber obliegenden Amtspflicht Schaden zugefügt worden ist, die Haftung des Staates an die Stelle der persönlichen Haftung des Beamten gesetzt hat, also auch für die Fälle, wo die Amtstätigkeit des Beamten durch einen Auftrag der beteiligten Privatperson veranlaßt und hieraus eine vertragliche Haftung des Beamten entstanden ist. Diese Auslegung des badischen Landesrechts ist gemäß ZPO. §§ 549, 562 für das Revisionsgericht bindend. Der hiernach vom Berufungsgericht irrivisibel festgestellte Inhalt des Art. 5 verstößt in seiner Tragweite nicht, wie die Revision meint, gegen EGBGB. Art. 77. Denn der Vorbehalt für die Landesrechte, die Haftung des Staats für den von seinen Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden zu regeln und die per-

sönliche Haftung des Beamten insoweit auszuschließen, als der Staat die Haftung übernimmt, ist weder nach seinem Wortlaute, noch aus inneren Gründen, der Absicht und den Zwecken des Gesetzes, noch auf Grund der Entstehungsgeschichte (Mot. z. ersten Entw. des EinfG. S. 185; Prot. der II. Kommission 1, 611; 2, 670; 6, 410) auf die außervertragliche Schadensersatzpflicht zu beschränken. Es steht nichts im Wege, daß das Landesrecht auch die nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilende Haftung unter Befreiung des Beamten von den Ansprüchen des Dritten auf den Staat überträgt, sofern nur diese Haftung den von dem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden betrifft. Um einen solchen Fall handelt es sich aber bei dem Gerichtsvollzieher, der bei der Ausführung einer Zwangsvollstreckung seine Amtspflichten zum Nachteile des Gläubigers verletzt."

328. Beurteilung von Ansprüchen, die aus dem Gesetz hergeleitet werden, nach altem Recht (EGBGB. Art. 184, 170). Urt. vom 6. Febr. 08, VI 205/07.

„Der Klageanspruch ist gestützt einmal auf Vertrag, und zwar sowohl auf den Vertrag vom 12. Jan. 91, als auf angebliche besondere Vereinbarungen, die gleichfalls in die Zeit vor dem 1. Januar 1900 fielen; ferner auf Gesetzesvorschriften, nämlich auf PrAllgLR. I 20 §§ 166 ff. und BGB. § 1216 sowie auf die Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag oder nützliche Verwendung. Jene Vertragsverhältnisse unterliegen gemäß EGBGB. Art. 170 der Beurteilung nach dem alten Rechte. Dieses kommt aber nach EGBGB. Art. 184 auch auf die aus dem Gesetze hergeleiteten Ansprüche insoweit zur Anwendung, als es sich um den Inhalt des vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Pfandrechts handelt. Die Anwendung des neuen Rechts käme nur in Frage für die obligatorische Verpflichtung aus einzelnen Akten der Geschäftsführung, die etwa seit 1. Januar 1900 selbständig vorgenommen wurden."

329. Erbrechtliche Wirkung des Güterstandes der Osnabrückischen allgemeinen Gütergemeinschaft auf die Erbrechte abgeschichteter Kinder (EGBGB. Art. 200 Abs. 1 Satz 2). Urt. vom 25. Febr. 08, III 388/07.

„Die Klägerin ist die Tochter erster Ehe, die Beklagte die Tochter zweiter Ehe des am 14. Juli 1906 in Osnabrück verstorbenen Schlossers Ch. F. W. Dieser hat in beiden Ehen nach dem Rechte der allgemeinen Gütergemeinschaft der Stadt Osnabrück gelebt. Als er zur zweiten Ehe schritt, hat er im Jahre 1880 seine ersteheliche Tochter, die Klägerin, in Gemäßheit des Osnabrückischen Rechts abgeschichtet. Auch die zweite Ehe Ch. F. W.s ist vor 1900 durch den Tod der Frau aufgelöst worden.

Die Klägerin nimmt an dem Nachlasse ihres Vaters nach BGB. § 1924 ein Erbrecht zur Hälfte in Anspruch und hat auf dessen Feststellung geklagt. Die Beklagte bestreitet ihr dies Erbrecht, weil sie durch die 1880 erfolgte Abschichtung wegen ihrer gesamten Erbansprüche an das Vermögen ihres Vaters abgefunden worden sei und diese Wirkung als eine erbrechtliche Wirkung des ehelichen Güterstands gemäß EGBGB. Art. 200 Abs. 1 Satz 2 auch für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 bestehen geblieben sei.

Das Berufungsgericht hat ebenso wie die erste Instanz die Klage abgewiesen. Es nimmt an, daß die nach dem Rechte der Stadt und des Fürstentums Osnabrück durch die Abschichtung eintretende Beseitigung der Erbrechte der Kinder aus einer gütergemeinschaftlichen Ehe an dem Vermögen des abschichtenden Elternteils eine erbrechtliche Wirkung des Güterstands der Osnabrückischen allgemeinen Gütergemeinschaft sei und daß sie als solche nach EGBGB. Art. 200 Abs. 1 Satz 2 auch für einen unter der Herrschaft des BGB. eintretenden Erbfall in Geltung geblieben sei.

Gegen diese Entscheidung erhebt die Revision den Vorwurf einer Verletzung des EGBGB. Art. 200 Abs. 1 Satz 2.

Der Vorwurf ist nicht begründet.

Daß die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstands einer Ehe, die beim Inkrafttreten des BGB. bereits durch den Tod des einen Ehegatten gelöst war, lediglich nach den Vorschriften des bisherigen Rechts zu beurteilen sind, wie es Art. 200 Abs. 1 Satz 2 für die Ehen, die zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzbuchs noch bestehen, vorschreibt, hat das Reichsgericht schon wiederholt anerkannt (JW. 03 B. 2, 14). Unter ‚erbrechtlichen Wirkungen des Güterstands' im Sinne dieser reichsrechtlichen Übergangsvorschrift kann nichts anderes verstanden werden als die erbrechtlichen Grundsätze, die nach Maßgabe des betreffenden altrechtlichen Güterrechts als eine Folge dieses Güterrechts selbst erscheinen. Die Frage, ob eine erbrechtliche Wirkung des Güterstands vorliegt, ist aus dem in Betracht kommenden einzelnen Güterrechte selbst zu beantworten (vgl. Mot. z. Entw. des EinfG. Art. 119). Der Art. 200 Abs. 1 Satz 2 spricht allgemein von ‚erbrechtlichen Wirkungen des Güterstands', er unterscheidet dabei nicht zwischen dem Rechte des überlebenden Ehegatten und den Rechten der Abkömmlinge, eine Unterscheidung, die die Revision unter Berufung auf die Entsch. des 4. ZS. in RGZ. 65, 249 ff. machen will. Dieses Urteil betrifft einen von dem hier vorliegenden gänzlich verschiedenen Fall, nämlich die Frage, ob die im Märkischen Provinzialrecht begründeten Rechte des überlebenden Ehegatten auf die Berechnung der Pflichtteilsquote der Abkömmlinge einen Einfluß und welchen ausüben können. Mit dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft und den erbrechtlichen Wirkungen einer Abschichtung hat dieses Urteil nichts zu tun. Es kann daher ganz dahingestellt bleiben, ob in ihm der von der Revision aufgestellte Satz, daß Art. 200 Abs. 1 nur auf die Rechte des überlebenden Ehegatten zu beschränken sei, überhaupt ausgesprochen worden ist. Für das Rechtsgebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft des Lübischen Rechts und die darin erfolgende Abschichtung der Kinder hat derselbe Senat des RG. in dem Urt. vom 27. Nov. 02, abgedruckt in JW. 03 B. 14, anerkannt, daß die Wirkungen der Abschichtung auf die Erbrechte der Kinder am Nachlasse des abschichtenden Elternteils als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes i. S. des Art. 200 Abs. 1 Satz 2 anzusehen sind. Daß diese Rechtsauffassung habe aufgegeben werden sollen, besagt das von der Revision angeführte neuere Urteil nicht.

Im vorliegenden Falle hat nun das Berufungsgericht unter eingehender Darlegung der Grundsätze des Osnabrückischen Ehegüterrechts festgestellt, daß die in der Abschichtung der Kinder aus einer gütergemeinschaftlichen Ehe enthaltene Abfindung mit ihren Erbansprüchen an das Vermögen des abschichtenden Elternteils eine Folge dieses Güterstandes ist. Diese Auffassung des irrevisiblen Osnabrückischen Rechts ist für das Revisionsgericht maßgebend, übrigens auch sachlich zutreffend."

330. Aufwand für den Erwerb des Handelsgeschäfts als Geschäftsschuld. Bedeutung des Eintrags einer Schuld in den Handelsbüchern (HGB. § 28 Abs. 1). Urt. vom 17. Febr. 08, IV 292/07.

„Nach dem neuen HGB. § 28 Abs. 1 haftet, wenn jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, die Gesellschaft für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Hiernach würde die offene Handelsgesellschaft A. Z. für die Schuld des früheren Geschäftsinhabers O. Z. an seine Mutter, die Klägerin, von 30000 ℳ haften, wenn diese Schuld im Betriebe des Geschäfts entstanden wäre. Die Revision bestreitet dies, allein ihren Ausführungen kann nicht beigepflichtet werden. Die 30 000 ℳ stellten einen Teil der Gegenleistung dar, die O. Z. seiner Mutter dafür schuldete, daß diese ihm das Geschäft, das ihm sonst erst nach ihrem Ableben zugefallen wäre, schon bei Lebzeiten überließ. Die Klägerin begab sich sonach des ihr als Fiduziarerbin ihres Ehemannes nach AllgLR. I 12 § 466 zustehenden Nießbrauchs und ihr

Sohn erwarb das Geschäft als freies Eigentum. Die Schuld entstand sonach bei dem Erwerbe des Geschäfts und ermöglichte dem Sohne, der bisher das Geschäft nur leitete, überhaupt erst den selbständigen Geschäftsbetrieb. Derartige Schulden sind Geschäftsschulden, sowohl im Sinne des alten wie des neuen HGB. Nach dem alten HGB. Art. 273 Abs. 1 waren alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörten, als Handelsgeschäfte anzusehen und nach dem neuen HGB. § 343 sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte. Die sog. Vorbereitungsgeschäfte sind der richtigen Meinung nach zum Betriebe des Handelsgeschäfts zu rechnen, denn sie hängen mit dem Betriebe so wesentlich zusammen, daß ohne sie von einem Geschäftsbetriebe nicht die Rede sein kann (z. B. Mietung eines Ladens, Anschaffung von Waren, Annahme von Handlungsgehilfen). Zu diesen Vorbereitungsgeschäften gehört auch der Erwerb eines Handelsgeschäfts im ganzen. Dafür, daß dieses Grunderwerbsgeschäft anders als die einzelnen Vorbereitungsgeschäfte zu behandeln wäre, liegt kein gerechtfertigter Grund vor. Die durch den Erwerb eines Handelsgeschäfts eingegangene Schuld lastet als Geschäftsschuld auf dem Handelsgeschäft und der Erwerber des Handelsgeschäfts haftet für diese Schuld so, als wenn sie nach dem Erwerbe durch den Geschäftsbetrieb entstanden wäre. Darauf, daß O. Z. zu der Zeit, als er das Handelsgeschäft erwarb, noch nicht Kaufmann war — worauf die Revision hinweist —, kommt es nicht an. Auch der Nichtkaufmann schließt ein Handelsgeschäft ab, wenn er ein kaufmännisch betriebenes Geschäft zum Weiterbetrieb erwirbt. Er wird eben dadurch Kaufmann und der Erwerb des Handelsgeschäfts ist sein erstes Geschäft als Kaufmann.

Für die Frage, ob eine Schuld als Geschäftsschuld anzusehen ist oder nicht, geben einen wertvollen Fingerzeig die Eintragungen in den Handelsbüchern, wenn sie auch nicht gerade entscheidend sind. Im vorliegenden Falle nun hat der in der Berufungsinstanz vernommene Büchersachverständige festgestellt, daß die Klägerin mit ihrer Forderung von 30 000 ℳ unter den Geschäftsgläubigern in den Handelsbüchern eingetragen war. Dieser Umstand bestätigt also die oben vertretene Auffassung. Die Eintragung in die Handelsbücher wäre wahrscheinlich unterblieben, wenn nicht sowohl die Klägerin als auch O. Z. der Meinung gewesen wären, die 30 000 ℳ seien eine Geschäftsschuld, die in den ausbedungenen Jahreszahlungen von 5000 ℳ aus den Einkünften des Geschäfts hätte berichtigt werden sollen, demnächst aber gestundet wurde. Diese Meinung hegten die Beteiligten schon zu einer Zeit, als von dem viele Jahre später erfolgten Eintritte des E. W. in das Geschäft noch keine Rede war."

331. Die Bilanz als gesetzliche Unterlage für die Auseinandersetzung des ausgeschiedenen Genossen mit der Genossenschaft. Grundsätze für ihre Aufstellung (HGB. § 40; GenG. § 73 Abs. 2). Urt. vom 15. Jan. 08, I 197/07.

„Gemäß dem § 73 Abs. 1 des G., betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, wird die Auseinandersetzung des ausgeschiedenen Genossen mit der Genossenschaft, abgesehen von dem Mitgliederstande, nach der Vermögenslage der Genossenschaft zur Zeit des Ausscheidens bestimmt. Da der Genosse mit dem Schlusse des Geschäftsjahres ausscheidet, so bietet sich als Mittel zur Feststellung der in diesem Zeitpunkte bestehenden Vermögenslage ohne weiteres die Jahresbilanz dar. Das Gesetz schreibt denn auch im § 73 Abs. 2 vor, daß die Auseinandersetzung ‚auf Grund der Bilanz' zu erfolgen habe. Nach welchen Grundsätzen die Bilanz aufgestellt werden muß, ergibt sich aus § 40 HGB. (vgl. GenG. § 17 Abs. 2, § 7 Nr. 3, § 48, ferner RGZ. 43, 126). Entsprechend der Vorschrift des HGB. § 40 Abs. 3 sind ‚zweifelhafte Forderungen' nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen. Die Zweifel in Ansehung einer Forderung können nicht nur deren Beitreibbarkeit, namentlich

die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, sondern auch ihren rechtlichen Bestand betreffen. Ob und in welchem Grade Forderungen zweifelhaft sind, muß nach den Umständen ermessen werden, die am Schlusse des Geschäftsjahres, für das die Aufstellung der Bilanz stattfindet, obwalten. Hiernach bildet eine Bilanz, welche ohne Verletzung der angeführten Gesetzesvorschriften und unter Beachtung der im Statut der Genossenschaft gültig getroffenen besonderen Bestimmungen aufgestellt, geprüft und genehmigt worden ist, die gesetzliche Unterlage für die Auseinandersetzung zwischen der Genossenschaft und dem ausgeschiedenen Genossen. Diese Unterlage kann sich nicht nachträglich wieder dadurch verschieben, daß spätere Ereignisse oder Erfahrungen eine Bilanz, die mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, in einzelnen Punkten als nach dem neuen Stande der Erkenntnis und der Verhältnisse tatsächlich unrichtig erweisen. Es gilt vielmehr der Grundsatz, daß die nach Gesetz und Satzung vorschriftsmäßig aufgestellte und genehmigte Bilanz die für die Auseinandersetzung maßgebende ist und bleibt. Daß dieser Grundsatz insoweit anerkannt werden muß, als bei einer Forderung die früher vorhanden gewesene Zahlungsfähigkeit des Schuldners später wegfällt oder bei einem anderen Aktivposten der Bilanz eine spätere Entwertung infolge besonderer Ereignisse eintritt, liegt auf der Hand, da es sich in einem solchen Falle um einen neu entstehenden Vermögensverlust handelt. Das gleiche muß umgekehrt bei einem Vermögenszuwachse gelten. Der ausgesprochene Grundsatz ist aber auch dann anzuwenden, wenn sich später herausstellt, daß der rechtliche Bestand einer Forderung schon in dem früheren für die Aufmachung der Bilanz maßgebenden Zeitpunkte nicht vorhanden gewesen ist, sondern für diesen Zeitpunkt irrtümlich angenommen wurde, sofern nur dieser Bestand bei der Aufstellung und Feststellung der Bilanz von einem sorgfältig verfahrenden Kaufmanne nicht bezweifelt zu werden brauchte. Demgegenüber vertritt die Revision eine andere Auffassung; sie erhebt den Einwand, daß die Auseinandersetzung mit dem ausgeschiedenen Genossen auf Grund der wahren Vermögenslage zu erfolgen habe, daher sei, sobald sich nachträglich die objektive Unrichtigkeit der Bilanz ergebe, diese zu berichtigen und die berichtigte Bilanz alsdann der Auseinandersetzung zugrunde zu legen. Dieser Auffassung steht zunächst der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Wie es einerseits selbstverständlich erscheint, daß das GenG. im § 73 Abs. 2 nur eine Bilanz bezeichnen kann, welche vorschriftsmäßig aufgestellt ist, ebensowenig bietet andererseits das Gesetz Anhalt dafür, daß eine Bilanz gemeint sei, die sich in Zukunft als objektiv richtig bewähren werde. Eine richtige Bilanz in diesem Sinne zu verlangen, müßte aber auch zu praktischen Folgerungen führen, die schwerlich als annehmbar angesehen werden könnten. Bei der Feststellung der Bilanzwerte handelt es sich vielfach um Schätzungen, die nur mit einer mehr oder minder großen Unsicherheit getroffen werden können. Die spätere Zeit wird daher oft das nicht als richtig bewähren, was zu früherer Zeit infolge eines unvermeidlichen Irrtums für richtig gehalten wurde. Für einige Gegenstände wird sich ergeben, daß sie nach der schon früher vorhandenen objektiven Lage der Verhältnisse, die aber derzeit noch nicht erkannt werden konnte, zu hoch bewertet worden sind, für andere Gegenstände wird später offenbar werden, daß ihr Wert zu niedrig veranschlagt worden ist. Müßten nun alle derartigen, auch bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt unvermeidlichen Wertunterschiede nachträglich berichtigt werden, so würde die Grundlage der Auseinandersetzung der erforderlichen Stetigkeit entbehren und es würde — worauf schon der Vorderrichter hingewiesen hat — nicht selten vorkommen, daß die Auseinandersetzung zu einem verschiedenen Ergebnisse führte; je nachdem mit dem einen oder andern der gleichzeitig ausgeschiedenen Genossen die Auseinandersetzung früher oder später zum Abschlusse käme. Dabei würde sich die Rechtslage noch um so unsicherer gestalten, als namentlich in Ansehung der Bewertung von Forderungen, aber auch von körperlichen Gegenständen sich nicht selten eine frühere Schätzung als unrichtig erweisen würde, ohne daß überhaupt eine sichere

Unterscheidung zwischen einer früheren objektiv unrichtigen Schätzung und einer richtigen Schätzung, welche durch nachfolgenden Wertzuwachs oder Wertverlust unrichtig geworden ist, also zwischen dem früheren Unrichtigsein und dem späteren Unrichtigwerden getroffen werden könnte. Es kann nicht angenommen werden, daß die dargelegten Folgen dem Gesetzeswillen entsprechen. Wenn die Revisionsbegründung auf die Entsch. des RG. vom 8. Dez. 93 (RGZ. 32, 91) hinweist, so wird in diesem Erkenntnisse nicht mehr ausgesprochen, als daß eine mit den Vorschriften des HGB. in Widerspruch stehende Bilanz zu berichtigen und dann die berichtigte Bilanz der Auseinandersetzung zugrunde zu legen sei.

Kann hiernach der Revision darin nicht recht gegeben werden, daß die Bilanz, soweit sie zur Zeit des Ausscheidens des Klägers aus der Genossenschaft vorschriftsmäßig aufgestellt worden ist, wegen nachträglich erwiesener objektiver Unrichtigkeit berichtigt werden und die so berichtigte Bilanz der mit dem Kläger zu vollziehenden Auseinandersetzung zugrunde gelegt werden muß, so ist doch der Revision zuzugestehen, daß sich aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils nicht mit Sicherheit entnehmen läßt, ob die Bilanz derzeit vorschriftsmäßig aufgestellt worden ist. Der Berufungsrichter hebt selbst hervor, daß ‚die Frage, ob die Zentrale zur Einforderung der Provision berechtigt gewesen oder nicht, immer eine zweifelhafte gewesen sei, bis sie schließlich durch Urt. des RG. vom 20. Jan. 06 zuungunsten derselben entschieden sei‘. Danach müßte man annehmen, daß nach der Vorschrift des HGB. § 40 Abs. 3 die Provisionsforderungen nicht, wie geschehen, mit ihrem vollen Betrage, sondern als ‚zweifelhafte Forderungen‘ nur ‚nach ihrem wahrscheinlichen Werte‘ anzusetzen gewesen wären. Auch die weiteren Ausführungen des Berufungsrichters, in denen von einer ‚unvorsichtig hergestellten‘ Bilanz die Rede ist, lassen nicht erkennen, ob er von einer richtigen Auffassung des HGB. § 40 ausging. Es tritt nicht deutlich hervor, daß unter den zur Zeit des Ausscheidens des Klägers und der Genehmigung der Bilanz (vgl. Parisius-Crüger, Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl., S. 283 Abs. 2) erkennbaren obwaltenden Umständen, auch bei einer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorzunehmenden Prüfung die Provisionsforderungen mit dem vollen Nennwert hätten eingestellt werden dürfen (vgl. auch RGSt. 13, 355). Die bezeichnete Sorgfalt dürfte um so weniger außer acht gelassen werden, als es sich um die Aufstellung einer Bilanz handelte, an welcher dritte Personen, nämlich die ausgeschiedenen Genossen, beteiligt waren. Insbesondere konnte in Frage kommen, ob nicht auf das Gesamtkonto der Provisionsdebitoren eine generelle Abschreibung (vgl. RGZ. 22, 164) erforderlich war. Es kann freilich im Hinblicke auf den bisher noch durchaus ungeklärten Tatsachenbestand nicht als völlig ausgeschlossen angesehen werden, daß eine Einstellung der Forderungen zum vollen Betrage unzulässig war; vielmehr kann möglicherweise zu der in Betracht kommenden Zeit auch bei sorgfältiger Beachtung der damals erkennbaren Verhältnisse der rechtliche Bestand der Provisionsforderungen so geringe Zweifel geboten haben, daß diese bei der bilanzmäßigen Bewertung der Forderungen nicht mehr ins Gewicht fielen. Daß aber das Berufungsgericht zu einer solchen Festellung bei zutreffender Anwendung der im HGB. § 40 enthaltenen Vorschriften gelangen durfte, läßt sich nach dem oben Angeführten aus dem angefochtenen Urteile nicht ersehen.

Die Revision rügt ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, es müßten die an Genossen etwa zurückzuzahlenden Provisionsbeträge als Ausgabeposten erst dann in die Bilanzen eingestellt werden, wenn sie zur Rückzahlung gelangt seien. Da die Einziehung der Provisionen unzulässig gewesen sei, so hätten die Genossen, welche gezahlt hätten, einen Rückforderungsanspruch gegen die Beklagten erlangt. Die Organe der Beklagten hätten deshalb, wenn sie nicht gesetzwidrig hätten handeln wollen, diese Rückforderungsansprüche in die Bilanz aufnehmen müssen, da sie als Schuldner der Genossenschaft bestanden hätten und nicht etwa erst im Augenblicke der Zahlung auf die Vermögens-

lage der Genossenschaft einwirkten. — Dieser Revisionsangriff kann dann zu keinem Erfolge führen, wenn die Sachlage eine solche gewesen ist, daß die Provisionsforderungen mit ihrem vollen Betrage in die Bilanz eingestellt werden durften. Müßten dagegen diese Forderungen auf der Aktivseite der Bilanz als ‚zweifelhafte' i. S. des HGB. § 40 Abs. 3 behandelt werden, so kommt im Hinblicke auf § 40 Abs. 2 auch in Frage, ob und zu welchem Betrage nach dem verständigen Ermessen eines sorgfältigen, die vorliegenden Verhältnisse berücksichtigenden Kaufmanns jene Rückforderungsrechte schon um die Zeit des Ausscheidens des Klägers als Genossenschaftsschulden unter die Passiven der Bilanz aufzunehmen waren.

Das angefochtene Urteil ist hiernach aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

332. Beleidigung des Geschäftsherrn durch den Handlungsagenten als Grund zur sofortigen Kündigung (HGB. § 92 Abs. 2). Urt. vom 11. Febr. 08, III 282/07.

„Das Berufungsurteil beruht darauf, daß bei dem Handlungsagenturvertrage (bei diesem ist der Handlungsagent sowohl nach dem neuen HGB. § 1 Abs. 2 Nr. 7 als auch nach dem alten HGB. Art. 4 und Art. 272 Abs. 1 Nr. 4 Kaufmann) eine erhebliche Beleidigung des Geschäftsherrn durch den Handlungsagenten einen wichtigen Grund i. S. des neuen HGB. § 92 Abs. 2 bilden kann. Diese Entscheidung ist aus den vom Berufungsgerichte angeführten Gründen zu billigen."

333. 1. Klage auf Schadensersatz ohne Bezifferung des Schadens (ZPO. § 256). **2. Wann ist das Stillschweigen auf ein Bestätigungsschreiben nicht als Genehmigung anzusehen?** (HGB. § 346). Urt. vom 22. Jan. 08, I 164/07.

„Die Klage ist als prinzipale Schadensersatzklage nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der ZPO. § 256 vorliegen. Die Rüge der Revision, daß diese Voraussetzungen nicht festgestellt seien, ist zwar insofern begründet, als eine Erörterung darüber in dem angefochtenen Urteil fehlt. Tatsächlich sind jedoch dieselben gegeben. Die Klägerin hat auf Schadensersatz geklagt, ohne den Schaden ziffernmäßig anzugeben, weil dessen volle Höhe noch nicht festgestellt werden könne. Diese Tatsache ist, da die Beklagte weder sie ausdrücklich bestritten, noch Einwendungen gegen die prozeßrechtliche Zulässigkeit der Klage erhoben hat, außer Streit. Bei solcher Sachlage dient die Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach zur Vereinfachung des späteren, die Höhe des Schadens betreffenden Prozesses. Wenn das Oberlandesgericht in Berücksichtigung dieser Umstände, wie angenommen werden darf, die Voraussetzungen der ZPO. § 256 für die Klage als vorhanden angesehen hat, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden und der bloße Mangel eines ausdrücklichen Anspruches in betreff der Zulässigkeit der Klage keine Verletzung des Gesetzes ...

Im Anschluß an die Rechtsentwicklung unter der Herrschaft des alten HGB. hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch für das geltende Handelsrecht grundsätzlich daran festgehalten, daß im Handelsverkehre das Stillschweigen eines Kaufmannes auf ein vertragliches Anerbieten eines anderen Kaufmanns mit Rücksicht auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs unter Umständen als Zustimmung angesehen werden kann (vgl. RGZ. 54, 180; 58, 69). Hierher gehört das Stillschweigen auf das im Handelsverkehr gebräuchliche Bestätigungsschreiben. Zu den besonderen Umständen, die den Empfänger eines solchen zur Prüfung, ob er mit den darin aufgenommenen Vertragsbestimmungen einverstanden sei und zum alsbaldigen Widerspruch, wenn er damit nicht einverstanden ist, verpflichten, widrigenfalls der Vertrag als stillschweigend genehmigt gilt, zählt der vorausgegangene telephonische Abschluß, weil die Parteien sich hierbei meist auf das Wesentliche beschränken und nach-

folgende schriftliche Bestätigung regelmäßig erwarten (vgl. Staub, Kommentar zum HGB., 8. Aufl., Exkurs zu § 372 Anm. 38). Immer aber wird dabei vorausgesetzt, daß die Absicht vollständiger Zusammenfassung dessen, was als vereinbart urkundlich festgestellt werden soll, dem Empfänger erkennbar ist, so daß nach Treu und Glauben die Notwendigkeit einer Antwort bei Nichteinverständnis besteht. Dabei ist im einzelnen Falle die ganze Sachlage, nicht bloß der wörtliche Inhalt des Bestätigungsschreibens zu berücksichtigen. Hiergegen verstößt das Oberlandesgericht, wenn es seine Entscheidung lediglich auf den Inhalt des Briefes der Klägerin vom 28. August 1905 stützt, ohne, wie die Revision mit Recht geltend macht, den Einwand der Beklagten zu erwägen, daß sie der Klägerin dieselben Transportbedingungen, wie die vorliegenden, schon bei den Transportverträgen vom 18. Februar und 9. August 1905 übersandt habe. Diese Tatsache ist nach dem Tatbestande des angefochtenen Urteils gemäß ZPO. § 138 Abs. 2 für zugestanden anzusehen. Hiernach standen die Parteien schon vor dem telephonischen Gespräche vom 28. August 1905 in Geschäftsverbindung, in deren Verlauf die Klägerin die derzeitigen allgemeinen Transportbedingungen der Beklagten wiederholt empfangen hatte; sie war daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, sich mit ihnen bekanntzumachen. Unterließ sie dies, so geschah es auf ihre Gefahr (vgl. RGZ. 13, 77; 58, 155). Auch wenn bei dem telephonischen Abschluß eine Bezugnahme auf die Transportbedingungen der Beklagten unterblieben sein sollte, bildeten sie daher mangels einer entgegengesetzten Vereinbarung einen selbstverständlichen Bestandteil des Vertrages. Es wäre daher Pflicht der Klägerin gewesen, sie durch ausdrücklichen Widerspruch auszuschalten. Dies ist nach ihrer eigenen Erklärung nicht geschehen. Da auch ihr Brief vom 28. August 1905 keinen Widerspruch enthielt, so hatte die Beklagte keine Veranlassung, zur Vermeidung nachteiliger Folgen darauf zu antworten, ihr nach Lage des Falls an sich nicht erforderliches Schreiben vom 1. September 1905 war somit auch nicht verspätet. Dagegen rechtfertigt das Verhalten der Klägerin, die das Schreiben ohne Widerspruch zu erheben am selben Tage beantwortete, obwohl darin neben den besonderen Vertragsabreden auch die allgemeinen Transportbedingungen aufgenommen waren, den Schluß, daß auch sie damals diese Bedingungen als Teil des Vertrages behandelte. Sie sind im vorliegenden Falle Vertragsinhalt geworden und für die Rechtsverhältnisse der Parteien maßgebend ..."

334. Zum Begriff der Dienstverrichtung der Schiffsbesatzung (HGB. § 485). Urt. vom 30. Jan. 08, VI 207/07.

„Der Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß er in Kiel an Bord ihres Dampfschiffes ‚Rußland' durch eine offenstehende Luke in den unteren Schiffsraum gestürzt ist. Er stützt diesen Anspruch auf HGB. § 485, indem er behauptet, daß sein Unfall durch das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen herbeigeführt worden sei. Soweit er als solche Person seinen eignen Sohn, der als Matrose auf dem Schiffe diente, bezeichnet, hat das Oberlandesgericht den Anspruch deshalb abgewiesen, weil der Sohn K. bei dem fraglichen Vorgange nicht in Ausführung seiner Dienstverrichtung gehandelt habe. Dieser Grund trifft völlig zu, da der Sohn mit Rücksicht auf den Besuch, den ihm der Kläger an Bord des Schiffes machte, gerade vom Dienste vorübergehend freigegeben war und den Kläger nur für sich persönlich im Schiff umherführte."

335. Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen der Genossenschaft und dem ausgeschlossenen Genossen über die Ausschließung. (GenG. § 68). Urt. vom 8. Febr. 08, I 233/07.

„Der Senat ist bei nochmaliger Prüfung der Frage zu dem Ergebnisse gelangt, daß an der in der RGZ. 57, 154 niedergelegten Rechtsauffassung fest-

zuhalten sei. Im Gegensatz zu der im BGB. für Vereine gegebenen Regelung (vgl. BGB. § 32), welche die Ausschließung von Vereinsmitgliedern in keiner Weise normiert, gibt GenG. § 68 gerade über den Ausschluß von Genossen eine Anzahl von Bestimmungen. Er führt selbst zwei Gründe an, aus welchen die Ausschließung immer erfolgen kann und überläßt der statutarischen Festsetzung die Aufstellung weiterer derartiger Gründe. Gegenüber einer solchen speziellen Regelung in dem Spezialgesetz ist eine Heranziehung der für Vereine geltenden allgemeinen Grundsätze nicht angängig. Die Vorschrift des § 68 steht im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Funktion der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, wie sie in der Anerkennung ihrer Berechtigung zur Firmenführung (GenG. § 3) und ihrer Kaufmannsqualität (a. a. O. § 17 Abs. 2) Ausdruck gefunden hat. Der Gesetzgeber hat die Regelung des Ausschlusses der Genossen derjenigen der Ausschließung von Mitgliedern einer Handelsgesellschaft (vgl. HGB. §§ 133, 140, 161 Abs. 2) genähert, welche gleichfalls im Streitfalle nur durch Richterspruch erfolgen kann. Zweifellos besteht ein allgemeines erhebliches Interesse nicht nur im Verhältnis zu den Genossen, sondern auch im Verhältnis zu den Gläubigern der Genossenschaft daran, daß das Ausschließungsrecht auch sachlich (nicht bloß formell) nach Maßgabe des Gesetzes oder Statuts ausgeübt werde. Bestehen hierüber Meinungsverschiedenheiten zwischen dem einzelnen von der Ausschließung betroffenen Genossen und der Genossenschaft, so kann hierüber nur der Richter, nicht die Genossenschaft selbst durch ihre Organe entscheiden. Im übrigen kann hier auf die Gründe verwiesen werden, welche in dem Erk. vom 3. März 04 niedergelegt sind."

336. Stellung des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu ihren Angestellten. (GmbHG. § 35, HGB. § 75). Urt. vom 28. Jan. 08, II 308/07.

„Der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat rechtlich nicht die Stellung eines Handlungsgehilfen. In der Regel übt zwar ein solcher Geschäftsführer sein Amt auf Grund eines Dienstvertrages aus. Die Natur dieses Dienstverhältnisses entspricht aber nicht der Stellung eines Handlungsgehilfen der Gesellschaft. Dieses Verhältnis setzt eine Abhängigkeit in der Art der Ausübung der Funktionen von dem Prinzipal voraus, was hier nicht der Fall ist. Ebenso wie bei der Aktiengesellschaft die Vorstände, so sind bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer im Verhältnis zu deren Angestellten selbst die Prinzipale (Staub-Hachenburg zu § 35 des G. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Anm. 49, Förtsch zu § 35 Anm. 4). Der § 75 cit. findet daher auf das streitige Verhältnis keine Anwendung . . ."

337. Unlauterer Wettbewerb durch die Bezeichnung als „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten". (UnlWG. § 1 Abs. 1). Urt. vom 7. Febr. 08, II 400/07.

Der Beklagte ist approbierter Arzt, übt aber die Zahnheilkunde in ihrem ganzen Umfang aus, ohne als Zahnarzt approbiert zu sein. Auf seinen Türschildern, Visitenkarten und in öffentlichen Ankündigungen bezeichnet er sich als „Dr. med., praktischer Arzt, Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten". In einer Zeitung hat er zweimal eine Anzeige veröffentlicht, die mit den Worten begann: „Poliklinik für Zahn- und Mundkrankheiten" und mit dem Titel schloß: „Dr. med., praktischer Arzt, Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten und Zahnersatz". Seinen Patienten händigt er Karten aus, worin er sich zur Anfertigung von Gebissen, einzelner Zähne, Kronen-, Brücken- und sonstigen Zahnarbeiten empfiehlt.

Der Beklagte ist in zwei Instanzen verurteilt, die Führung des Titels „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten" in allen Ankündigungen der Presse, im Adreßbuch usw. zur Vermeidung von Strafe zu unterlassen. Seine Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„... Der Berufungsrichter weist darauf hin, daß der Beklagte einen Arzt, zwei Zahnärzte und mehrere Dentisten beschäftigt sowie Studenten gerade in der Zahnheilkunde ausbildet. Diese Tatsache setzt der Berufungsrichter in Verbindung mit den im Tatbestand wiedergegebenen Feststellungen und zieht daraus und aus den vom Beklagten in einem Vorprozeß abgegebenen Erklärungen den Schluß, daß den wesentlichsten Teil der Tätigkeit des Beklagten die Praxis eines Zahnarztes bilde, obgleich er sich zugleich als Spezialarzt für Mundkrankheiten bezeichne. Diese letztere Bezeichnung als Spezialarzt für Mundkrankheiten wolle nach der Art dieser Bezeichnung im Zusammenhang mit der Bezeichnung als ‚Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten' nichts anderes besagen, als daß er die technische Behandlung der Zähne wie ein Zahnarzt ausübe. Der Beklagte wolle nicht ankündigen, er behandle als praktischer Arzt Mundkrankheiten, um etwa gelegentlich auch die reine im Plombieren, Zahnersatz usw. bestehende Zahnheilkunde auszuüben, sondern die zahnärztliche Praxis allein sei ihm das Wesentliche. Dies alles ergebe sich aus dem Inhalt seiner Ankündigungen und stimme auch mit der wirklichen Sachlage überein.

Der Beklagte übe lediglich die Zahnheilkunde aus, trete öffentlich als Zahnarzt auf, wolle vom Publikum auch als Zahnarzt angesehen und als solcher in Anspruch genommen werden, obgleich er sich auch als Spezialarzt für Mundkrankheiten bezeichne.

Der Berufungsrichter verkennt nicht, daß die Ausübung der Heilkunde, also auch die Zahnheilkunde, freigegeben ist. Der Berufungsrichter gestattet dem Beklagten aber nicht die Führung des Titels ‚Zahnarzt', obgleich der Beklagte als praktischer Arzt Vollarzt ist. Die Führung des Titels ‚Zahnarzt' ist nach der auf GewO. § 29 beruhenden Bek. des Bundesrats vom 5. Juli 89, betreffend die Prüfung der Zahnärzte nur demjenigen gestattet, der auf Grund dieser Prüfungsordnung das Examen bestanden und so die Approbation als Zahnarzt erlangt hat. Dieser Prüfung haben sich nach § 12 der Prüfungsordnung auch praktische Ärzte zu unterziehen, wenn sie die Approbation als Zahnarzt nach der GewO. § 29 erwerben wollen. Damit ist dem approbierten Arzt, der die besondere Approbation als Zahnarzt nicht besitzt, die Führung des Titels eines Zahnarztes untersagt.

Von diesem Grundsatz geht der Berufungsrichter aus. Indem er diesen Grundsatz auf den gegebenen Fall anwendet, findet er, das Publikum erblicke in dem Titel eines Zahnarztes einen besonderen Vorzug. Indem der Beklagte sich als Zahnarzt ankündige, erwecke er beim Publikum den irrigen Glauben, er besitze die zahnärztliche Approbation; folglich stellten die Ankündigungen des Beklagten öffentliche Mitteilungen über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über den Besitz von Auszeichnungen dar, welche geeignet seien, den Anschein eines besonders günstigen Angebots i. S. des UnlWG. § 1 Abs. 1 hervorzurufen. Hierin liege ein Verstoß gegen UnlWG. § 1 Abs. 1 wenigstens insolange, als die Verhältnisse beim Beklagten so liegen, wie dies eingangs der Gründe festgestellt ist.

Aus diesen Erwägungen gibt der Berufungsrichter der Klage auf Unterlassung der mehrerwähnten Ankündigungen auch insoweit statt, als der Beklagte sich zugleich als Spezialarzt für Mundkrankheiten ankündigt.

Der Beklagte rügt, daß der Berufungsrichter in der Führung des Titels ‚Zahnarzt' eine Mitteilung über den Besitz einer Auszeichnung erblicke; auch von einer Mitteilung über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit gewerblicher Leistungen könne nicht gesprochen werden, weil der Begriff eines Gewerbes auf die freien Berufe keine Anwendung finden könne. Es handle sich hier im wesentlichen um Standes- und Titelfragen, zu deren Lösung das nur dem Schutze von Handel und Gewerbe dienende Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ungeeignet sei. Die Frage, ob die Beilegung eines zahnärztlichen Titels als Angabe über den Besitz einer Auszeichnung im Sinne des Wettbewerbgesetzes zu betrachten ist, kann dahinge-

stellt bleiben. Denn der Beklagte hat, indem er sich als Zahnarzt empfohlen hat, Angaben über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit gewerblicher Leistungen gemacht. Die Gewerbeordnung gibt absichtlich keine Bestimmung über den Begriff eines Gewerbes, weil die Vielgestaltigkeit der gewerblichen Entwicklung eine scharfe Begriffsbestimmung nicht gestattet. Daraus, daß die Gewerbeordnung mehrfach vom Gewerbebetrieb der approbierten Ärzte spricht und gerade die grundlegenden Bestimmungen über die Ausübung der Heilkunde in sich aufgenommen hat (GewO. §§ 6 Abs. 1, 29, 56a Ziff. 1, 80 Abs. 2, 147 Ziff. 3), auch die Errichtungen von Heilanstalten gewerblichen Unternehmungen völlig gleichstellt (GewO. § 30), ist noch keineswegs zu schließen, daß der ärztliche Beruf in allen Beziehungen ein Gewerbe sei; im Gegenteil tritt bei Ausübung der ärztlichen Berufstätigkeit die Erwerbsabsicht gegenüber den hohen sittlichen Interessen, von denen der ärztliche Beruf erfüllt ist, zurück. Deshalb ist (RGZ. 64, 155) die Ausübung des ärztlichen Berufs nicht als ein Gewerbebetrieb und nicht als ein ‚sonstiges Recht' i. S. des BGB. § 823 Abs. 1 bezeichnet und ferner in RGZ. 66, 143 (vgl. RGZ. 66, 139) grundsätzlich ausgesprochen, daß die ärztliche Praxis Geldinteressen nicht dienstbar gemacht werden kann. Gerade an letzterer Stelle ist auch für die Zahnärzte insbesondere kraft ihrer Berufsstellung ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot als unverträglich mit der Auffassung über den Begriff der guten Sitten erklärt.

In den soeben erwähnten Entscheidungen und in der dort weiter angezogenen Rechtsprechung und Literatur wird aber auch hervorgehoben, daß der ärztliche Beruf auch eine gewerbliche Seite hat. Damit erklärt es sich, daß die Gewerbeordnung von der Berechtigung zum Gewerbebetrieb als Arzt, Wundarzt, Zahnarzt usw. ausdrücklich spricht.

In der Kommission zur Vorberatung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs 9. Legislaturperiode IV. Session 95/96, Nr. 35 der Drucks. S. 8/9 war zu § 1 des Entw. ein Zusatz dahin beantragt, daß unter gewerblichen Leistungen auch landwirtschaftliche und gärtnerische Leistungen sowie ärztliche Leistungen zu verstehen seien. Von einem solchen Zusatz wurde schließlich Abstand genommen. Die Kommission wurde dazu veranlaßt, weil es keinem Zweifel unterliegen könne, daß ‚gewerblich' hier, was die Landwirtschaft angehe, im Sinne des täglichen Lebens zu verstehen sei und, was die Ärzte angehe, ganz zweifellos ihre Leistungen nach der bestehenden Gesetzgebung unter die gewerblichen Leistungen fallen, zumal der ärztliche Beruf durch die Gewerbeordnung geregelt werde. Von einem Zusatz in gedachtem Sinne besorgte man, daß gerade durch die ausdrückliche Erwähnung dieser Leistungen unerwünschte Ergebnisse herbeigeführt werden möchten. Somit erweist sich der Angriff des Beklagten als verfehlt. Der Gesetzgeber wollte die ärztlichen Leistungen hier als solche gewerblicher Art betrachtet wissen und zwar zu ihrem Schutze. Auch im übrigen geben die Erwägungen des Berufungsrichters, deren Folgerichtigkeit der Beklagte im einzelnen allerdings beanstandet, zu Ausstellungen keinen Anlaß. Der Berufungsrichter hat des Einwandes des Beklagten, daß er auch von Nichtzahnkranken aufgesucht und von seinen Kunden mit verschiedenen Titulaturen bedacht worden sei, keine Erwähnung getan. Es bedurfte dessen auch nicht; denn es ist nicht einzusehen, was sich hieraus ergeben soll. Der Beklagte ist approbierter Arzt, unterzeichnet seine Ankündigungen auch mit diesem Titel. Er wird also auch in dieser Eigenschaft schon um Hilfe angegangen worden sein. Das unterstellt das Urteil.

Aus diesen Gründen war die Revision mit Kostenfolge zurückzuweisen . . ."

338. Unlauterer Wettbewerb durch den Vermerk in Ankündigungen „solange der Vorrat reicht", obwohl kein „Vorrat" da ist? (UnlWG. § 1). Urt. vom 21. Febr. 08, II 462/07.

„In materieller Beziehung macht die Klägerin geltend, der Berufungsrichter habe gegen UnlWG. § 1 verstoßen. Die Rüge ist nicht begründet.

Der Berufungsrichter hat auf Grund tatsächlicher Erwägungen verneint, daß der Beklagte unrichtige Angaben tatsächlicher Art gemacht habe und festgestellt, daß der Beklagte imstande gewesen sei, dasjenige auszuführen, wozu er sich erboten hatte, nämlich diejenigen Maschinen zu liefern, die er in der Anzeige offeriert hatte. Nun hatte der Beklagte in diesen auch den Vermerk aufgenommen ‚solange der Vorrat reicht' und einen ‚Vorrat' scheint der Beklagte überhaupt nicht gehabt zu haben; aber der Vermerk entsprach, nach den Feststellungen des Berufungsrichters, dem ihm von der Aktiengesellschaft V. gemachten Angebot und der Beklagte hat sich auf Grund dieses Angebots die Maschinen sofort verschaffen können. Es ist deshalb nicht als rechtsirrtümlich zu erachten, wenn der Berufungsrichter angenommen hat, die Ankündigungen hätten auf Wahrheit beruht. Das Wesentliche war für den Leser der Anzeigen die Möglichkeit der sofortigen Lieferung entsprechend der Ankündigung und das hat hier vorgelegen."

339. Unlauterer Wettbewerb im Champagnerhandel durch Gebrauch einer Firma, die an die Firmen altberühmter französischer Champagnerfabriken anklingt, besonders ihr Schlagwort aufgenommen hat (UnlWG. § 8). Urt. vom 14. Febr. 08, II 373/07.

1904 ist im Gesellschaftsregister des Amtsgerichts Metz die offene Handelsgesellschaft i. Fa. „Mumm & Cie. in Montigny-Sablon" eingetragen worden. Auf die Klage der Champagnerfabriken i. Fa. „G. H. Mumm & Cie." und „de Mumm Henriot & Co." in Reims ist sie rechtskräftig verurteilt, die Benutzung der Firma „Mumm & Cie." oder „Mumm & Cie., Sablon-Montigny" im Betriebe des Champagnergeschäfts zu unterlassen. Im Laufe des Rechtsstreits hatte die Beklagte ihre Firma in „Maria Mumm & Cie." geändert, was im Register eingetragen wurde. Sie hatte Widerklage erhoben dahin, festzustellen, daß sie zum Gebrauch der Fa. Maria Mumm & Cie. im Champagnerhandel berechtigt sei. Das Berufungsgericht hat dem Antrag entsprochen mit der Einschränkung, daß die Beklagte das Wort „Lothringen" hinter dem Namen ihres Niederlassungsortes Sablon beizufügen habe. Die Klägerin hat Revision eingelegt.

Aus den Gründen:

„Die Klägerinnen haben ihren, der Widerklage als Einrede entgegengestellten Anspruch, auf Unterlassung der Firmenführung ‚Maria Mumm & Cie.' durch die Beklagte, auf UnlWG. § 8 gestützt. Der Berufungsrichter, der den Schutz dieses Gesetzes den eine Hauptniederlassung in Deutschland nicht besitzenden Klägerinnen an sich, und zwar zutreffend zubilligt (UnlWG. § 16; RGZ. 62, 217 ff.) erachtet die Voraussetzungen der Anwendung des § 8 im vorliegenden Falle nicht für gegeben, indem er sowohl die Gefahr der Verwechslung der jetzt von der Beklagten geführten Firma (Maria Mumm & Cie.) mit den Firmen der Klägerinnen (G. H. Mumm & Cie. und de Mumm Henriot & Co.) als auch die Frage verneint, ob die Art der Benutzung der Firma seitens der Beklagten auf Verwechslung derselben mit den Firmen der Klägerinnen berechnet sei. Die Revisionsklägerinnen rügen die Nichtanwendung des § 8 als auf Rechtsirrtum beruhend. Was zunächst die Annahme des Berufungsrichters anlangt, daß eine Verwechslungsgefahr bei dem Gebrauch der neuen Firma der Beklagten nicht mehr vorliege, so ist diese Annahme nicht bedenkenfrei begründet. Der Berufungsrichter legt dabei Gewicht auf den Gesamteindruck, das Gesamtbild der Firma der Beklagten einerseits, der Firmen der Klägerinnen andererseits. Es ist auch sicher zutreffend, daß insbesondere bei der Vergleichung mehrerer Warenzeichen für die Frage nach der Verwechslungsgefahr regelmäßig der Gesamteindruck oder das Gesamtbild der betreffenden Warenzeichen von Belang ist; es ist aber, sobald es sich um ein Wortzeichen handelt, wesentlich auch der Klang von Bedeutung. Und wenn es sich um die Verwechslungsgefahr zweier Firmen handelt, kommt vornehmlich auch das in der Firma enthaltene Schlagwort in Betracht. Dieses muß

zumal dann gelten, wenn im Verkehre Abkürzungen einer Firma gebräuchlich geworden sind, wie dieses gerade bei den weit berühmten Firmen echter französischer Champagnerfabriken vielfach der Fall ist. Die Klägerinnen sind aber unstreitig derartige weit berühmte Firmen und das Schlagwort ist bei ihnen offenbar ‚Mumm'. Die letzteren Momente sind von dem Berufungsrichter, wie von der Revision mit Recht geltend gemacht wird, nicht hinreichend erwogen worden. Zudem muß es nach dem Berufungsurteil für zweifelhaft erachtet werden, ob der Berufungsrichter nicht selbst in Wahrheit die Gefahr der Verwechslung der Firma der Beklagten ‚Maria Mumm & Cie.' mit den Firmen der Klägerinnen für gegeben erachtet hat, denn er hat bestimmt, daß die Beklagte offenbar zwecks sicherer Unterscheidung ihrer Firma von den Firmen der Klägerinnen hinter dem Namen ihres Niederlassungsortes Sablon das Wort ‚Lothringen' beizufügen habe. Dieses Wort soll nach der Entscheidung des Berufungsrichters nicht zu der Firma, dem Namen der Beklagten, hinzugefügt werden, sondern lediglich zu dem Namen ihres Sitzes. Der Name des Ortes der Niederlassung ist aber kein Teil der Firma. Der Zusatz zu dem Namen des Sitzes kann daher die Verwechslungsgefahr der Firmen in allen denjenigen Fällen nicht beseitigen, in denen der Name des Ortes der Niederlassung überhaupt nicht genannt wird.

Ist nach dem vorstehenden das Berufungsurteil auf Grund der Feststellung, daß eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben sei, nicht haltbar, so ist es des ferneren auch nach der Richtung hin nicht bedenkenfrei, daß die Beklagte ihre Firma nicht in einer Weise benutze, welche darauf berechnet sei, Verwechslungen mit den Firmen der Klägerinnen hervorzurufen. Einerseits scheint der Berufungsrichter zu viel Gewicht auf die von der Beklagten erklärte Bereitwilligkeit zu legen, ihre Firma mit vom Gericht anzugebenden Zusätzen im Champagnerhandel zu benutzen (während sie doch gerade das Wort ‚Mumm' jedenfalls beibehalten will). Andererseits läßt das Berufungsurteil ein Eingehen auf die Entstehung der Firma in Verbindung mit den Behauptungen der Klägerinnen über die persönlichen Verhältnisse der beiden Inhaber der Firma vermissen, nach welchen Behauptungen Maria Mumm, die lediglich Dienstmädchen gewesen sein soll, ohne bei dem Geschäft irgendwie nennenswert beteiligt zu sein, auch jetzt nur ein geringes Gehalt bezieht. Es ist deshalb ferner auch der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, daß die Feststellung des Berufungsrichters: der Gebrauch der Firma Maria Mumm & Cie. sei nicht in einer auf Verwechslung mit den Firmen der Klägerinnen berechnet gewesenen Weise erfolgt, von der, nach dem obigen nicht haltbaren Feststellung beeinflußt ist, der Gebrauch der Firma sei zu Verwechslungen nicht geeignet."

340. Zum Begriff der Veranstaltungen, die das Vorbenutzungsrecht bei einem Patent begründen (PatG. § 5 Abs. 1. Urt. vom 25. Jan. 08, I 109/07.

„Es ist verfehlt, den Begriff der Veranstaltungen, welche nach § 5 Abs. 1 das Vorbenutzungsrecht begründen, danach zu bestimmen, ob im einzelnen Falle der Benutzer dafür mehr oder minder erhebliche Aufwendungen gemacht hat. Die von den Veranstaltungen im Gegensatze zur ausgeführten Benutzung handelnde zweite Alternative beruht auf einem Vorschlage der Kommission zu dem alten Patentgesetze. Der Kommissionsbericht zeigt nun zwar, daß man sich für die Ergänzung entschied, weil die Beschränkung auf den Fall der schon vollendeten Benutzung der Erfindung der Kommission ‚unbillig und namentlich dem Erfinder gegenüber, der Kraft, Zeit und Kapital für die Erfindung aufwandte, als eine ungerechtfertigte Härte' erschien. Man kann ganz beiseite lassen, daß hier nur von Aufwendungen für die Erfindung, nicht von Aufwendungen für die Benutzungsvorbereitungen die Rede ist. Denn jedenfalls läßt sich aus dem Kommissionsberichte nicht mehr entnehmen, als daß die Rücksichtnahme auf ökonomische und andere Opfer, welche nicht vergeblich sein sollten, der allgemeine legislative Grund für den Vorschlag der

zusätzlichen Bestimmung gewesen ist. Weil die Kommission der Ansicht war, daß bei der beschränkten Ausnahme, wie sie der Entwurf vorsah, solche nicht gerechtfertigte Verluste an Kraft, Zeit und Kapital nicht nur in vereinzelten Fällen, sondern so häufig vorkommen könnten, daß sich eine gesetzliche Regelung empfehle, so hielt sie es für erforderlich, den Zusatz vorzuschlagen, der demnächst zum Bestandteile des Gesetzes wurde und in das PatG. vom 7. April 1891 übergegangen ist. Aber weder die Worte des Gesetzes noch die Erwägungen der Kommission rechtfertigen die Auslegung, daß das wirkliche Vorhandensein derartiger Aufwendungen ein tatbestandliches Moment für die Anwendung der Bestimmung bilde."

341. Widerrechtliche Entnahme des Inhalts einer Patentanmeldung aus einer mündlichen Mitteilung (PatG. § 10 Abs. 1 Nr. 3). Urt. vom 8. Jan. 08, I 320/07.

„. . . Die Entnahme soll nach der Behauptung des Klägers dadurch erfolgt sein, daß der Beklagte den wesentlichen Inhalt der Anmeldung aus einer mündlichen Mitteilung erfahren hat. Der Beklagte bestreitet, daß eine bloß mündliche Mitteilung im Sinne des Gesetzes Beschreibung und damit Unterlage einer Entnahme sein könne. Diese Auffassung ist irrtümlich. Der in § 10 Abs. 1 Ziff. 3 übereinstimmend mit PatG. § 3 Abs. 2 normierte Tatbestand der widerrechtlichen Entnahme will in seiner kasuistischen Aufzählung offenbar alle Fälle bezeichnen, wo der Anmeldende sich die Erfindung eines anderen ohne dessen Einwilligung angeeignet hat. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Folgen, die das Gesetz an die widerrechtliche Entnahme sowohl für die Erteilung des Patents als für die Vernichtung des erteilten knüpft, nur gerechtfertigt sein sollten, wenn die fremde Erfindung dem Anmelder in einer dauerhaften äußeren Form zugänglich war, wie dies bei der Entnahme aus Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften oder Vorrichtungen der Fall ist. Der Fall der Entnahme aus Beschreibungen wird von dem Gesetze an erster Stelle erwähnt und darf als der umfassendste angesehen werden. Der Begriff der Beschreibung ist nicht daran gebunden, daß die Mitteilung durch besondere Mittel der Darstellung (Schrift, Druck usw.) äußerlich festgelegt sei. Es ist sprachlich durchaus zulässig, auch von mündlichen Beschreibungen zu reden. Da das Gesetz keine Einschränkung macht, so ist die Auslegung gerechtfertigt, daß unter den in § 3 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Ziff. 3 erwähnten Beschreibungen auch die eine Beschreibung enthaltenden mündlichen Mitteilungen zu verstehen sind. Für diese Auslegung haben sich ausgesprochen: Seligsohn, PatG. zu § 3 Anm. 21; Kent, PatG. zu § 3 unter 73; Damme, Patentrecht S. 239 . . ."

342. Gebrauch der Firma „in abgekürzter Gestalt" zur Kennzeichnung von Waren (WarenZG. § 13). Urt. vom 28. Febr. 08, II 332/07.

„Über die Bedeutung des WarenZG. § 13 hat sich der erkennende Senat (RGZ. 56, 417; 64, 63) dahin ausgesprochen, daß für die Zulässigkeit einer Firmenabkürzung nicht die Grundsätze gelten, welche im rechtsgeschäftlichen Verkehr für den Firmengebrauch nach HGB. § 18 maßgebend sind, sondern daß es genügt, wenn aus der Firma ein Schlagwort gebildet wird, welches in den Abnehmerkreisen als Abkürzung dieser Firma bekannt ist, und zwar muß diese Einführung in den Abnehmerkreisen vor der Eintragung des kollidierenden Warenzeichens erfolgt sein."

343. Befreiung des Frachtführers vom Schadensersatze bei unaufgeklärter Schadensursache (BinnenSchG. § 58). Urt. vom 15. Febr. 08, I 152/07.

„Der von der Revision dem angefochtenen Urteile entgegengestellte Satz: auch ohne Darlegung eines bestimmten Schadensanlasses sei der Frachtführer i. S. des BinnenSchG. § 58 dann exkulpiert, wenn ihn in Ansehung der möglichen Schadensursachen ein Verschulden nicht treffe, ist insoweit nicht zu beanstanden, als der erkennende Senat in Übereinstimmung mit früheren

Urteilen des Reichsgerichts noch in einem Urteile vom 20. April 07 (Rep. I 420/06) ausgesprochen hat, der Frachtführer werde ausnahmsweise bei unaufgeklärter Schadensursache als vom Schadensersatze befreit angesehen werden können, wenn ihn hinsichtlich aller möglichen Ursachen ein Verschulden offenbar nicht treffe."

344. Gilt das Verbot in BörsG. § 50 Abs. 2 Satz 1 auch für Termingeschäfte, die an ausländischen Börsen geschlossen oder zu erfüllen sind? Berücksichtigung von Treu und Glauben bei der Anwendung von § 66 des G.? (BörsG. §§ 50 Abs. 2 Satz 1; 66). Urt. vom 12. Febr. 08, I 174/07.

„Geltend gemacht hatte der Kläger auch, daß die Geschäfte, weil sie Minen-Shares betrafen, unter das Verbot des BörsG. § 50 Abs. 2 Satz 1 fielen, wonach der Börsenterminhandel in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen untersagt ist. Das Berufungsgericht hält dies auch an sich für richtig, führt aber aus, daß die Rechtsfolgen des Verbotes in § 51 des G. abschließend bestimmt seien und nach BGB. § 134 demnach eine Nichtigkeit der gegen das Verbot abgeschlossenen Geschäfte nicht bestehe. Damit setzt sich das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht geltend macht, in Widerspruch mit der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts und verletzt das BörsG. § 50 Abs. 2 (vgl. RGZ. 47, 106; 59, 321). Es ist daran festzuhalten, daß ein gegen das Verbot abgeschlossenes Börsentermingeschäft vollständig nichtig ist und daß Zahlungen auf ein solches Geschäft ohne die Einschränkung des § 66 Abs. 4 innerhalb der ordentlichen Verjährungsfrist nach den Regeln des BGB. §§ 812 ff. zurückgefordert werden können.

Gleichwohl kann dieser Verstoß der Revision nicht zur Stütze dienen, denn es ist ein Irrtum des Klägers und des Berufungsgerichts, daß die streitigen Geschäfte unter das Verbot des § 50 Abs. 2 Satz 1 fielen. Wie das Reichsgericht (RGZ. 55, 183) mit Rücksicht auf das ähnliche Verbot in § 50 Abs. 3 (Getreide und Mühlenfabrikate) bereits ausgeführt hat, beziehen sich die Bestimmungen des Börsengesetzes ausschließlich auf deutsche Börsen. Nur die Bestimmungen des § 66, nicht aber auch die Verbote des § 50, finden nach § 68 Abs. 1 auch dann Anwendung, wenn das Geschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist. An einer ausländischen Börse geschlossene oder zu erfüllende Termingeschäfte in Anteilen an Bergwerks- und Fabrikunternehmungen unterliegen daher dem Verbote des § 50 Abs. 2 Satz 1 nicht. Hier aber liegen Geschäfte vor, die an der Londoner Börse abzuschließen und zu regulieren waren . . .

Es ist verfehlt, bei der Anwendung des BörsG. § 66 den Grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen. Die Berufung auf den Registereinwand ist mit Treu und Glauben überhaupt nicht verträglich. Der IV. Abschnitt des Börsengesetzes enthält prohibitive Bestimmungen, die aus wirtschaftlichen Gründen erlassen sind und den Zweck verfolgen, Unberufene von der Börse fernzuhalten. Solchen Bestimmungen gegenüber muß die Berufung auf Treu und Glauben versagen."

345. Feststellung der Benachteiligungsabsicht und der Kenntnis davon (KO. § 31 Ziff. 1). Urt. vom 10. Jan. 08, VII 133/07.

„. . . Das angefochtene Urteil gibt aber auch hinsichtlich seiner Feststellung der fraudulösen Absicht des G. und deren Kenntnis auf seiten des Klägers zu erheblichen Bedenken Anlaß; die hierauf bezüglichen Ausführungen des Berufungsrichters sind nicht frei von Widersprüchen. Zwar ist ihm darin beizutreten, daß auch die Abtretung einer Forderung, die zur Erfüllung eines Versprechens erfolgt, im einzelnen Fall in der Absicht der Benachteiligung der anderen Gläubiger, denen gleichfalls Befriedigung aus dieser Forderung in Aussicht gestellt war, erfolgen kann, zumal wenn, wie hier, die Abtretung an eine dem Schuldner besonders nahestehende Person erfolgt. Allein diese Ab-

sicht muß in einem solchen Fall in einwands-, insbesondere widerspruchsfreier Weise festgestellt werden. Vorliegend hat aber der Berufungsrichter an verschiedenen Stellen ausgeführt, daß das Abtretungsversprechen wie die Abtretung sich nur auf den Betrag habe erstrecken sollen, der nach Befriedigung der Beklagten und eines gewissen K. übrig bleiben würde. Ging aber die Absicht des G. und des Klägers bei der Abtretung dahin, daß zunächst die Beklagte und K. aus der abgetretenen Forderung befriedigt werden sollten, so widerspricht dies der Annahme, daß G. durch die Abtretung seine Gläubiger habe benachteiligen wollen. Daß G. etwa unter Abgehen von der ursprünglichen Absicht der vorhergängigen Befriedigung der Beklagten die Forderung in ihrem ganzen Betrag gerade in der Absicht, diese Befriedigung zu hintertreiben, abgetreten habe, ist im Urteil nicht festgestellt, jedenfalls nicht mit der erforderlichen Klarheit. Es bedarf deshalb einer nochmaligen Prüfung, um den Widerspruch, der zwischen der vom Berufungsrichter angenommenen Absicht, die Beklagte und K. aus der abgetretenen Forderung vorweg zu befriedigen und der gleichfalls angenommenen Absicht, diese Gläubiger durch die Abtretung zu benachteiligen, besteht, zu beseitigen.

Hinsichtlich der Kenntnis der fraudulösen Absicht nimmt der Berufungsrichter zwar an, daß G. dem Kläger bei der Abtretung erklärt habe, er werde seine Schuld bei der Beklagten abarbeiten, er meint aber, diese Erklärung sei nicht geeignet, „sein unausbleibliches Bewußtsein, daß die Beklagte durch die Abtretung mindestens benachteiligt werden könne", zu beseitigen. Hier hat es der Berufungsrichter zunächst an jeder näheren Darlegung fehlen lassen, aus welchen Gründen trotz der Erklärung seines Schwiegervaters für Kläger das Bewußtsein ein unausbleibliches war. Durfte der Kläger den Worten seines Schwiegervaters Glauben schenken — hier kommt auch die unter Beweis gestellte Behauptung, daß von vornherein das Abverdienen verabredet gewesen sei, in Betracht —, so durfte nicht ohne weiteres angenommen werden, daß Kläger trotzdem das mehrerwähnte Bewußtsein haben mußte.

Schließlich reicht aber auch das vom Berufungsrichter als vorhanden angenommene Bewußtsein der Benachteiligungsmöglichkeit nicht einmal aus, um die Anfechtbarkeit der Zession zu begründen. Dazu ist die Feststellung der Kenntnis der auf Benachteiligung gerichteten Absicht erforderlich, eine solche Feststellung hat aber der Berufungsrichter in den Ausführungen, mit denen er die Mitteilungen des G. über das Abverdienen würdigt, jedenfalls nicht getroffen. Es bedarf deshalb auch dieser Teil des Grundes des Anfechtungsanspruchs einer erneuten Prüfung . . ."

346. Keine Anfechtungsklage gegen eine bloße Mittelsperson, wenn die Weiterübertragung der Rechte des Gemeinschuldners auf einen Dritten von vornherein beabsichtigt war (KO. §§ 37, 40 Abs. 2). Urt. vom 4. Febr. 08, VII 152/07.

Der Holzhändler P. E. K., über dessen Vermögen am 8. Oktober 1901 Konkurs eröffnet ist, hatte im Sommer 1901 drei noch auf der Fahrt befindliche Kahnladungen Holz an den Beklagten 1 verkauft und als Zahlung ein Akzept erhalten. Beklagter 1 verkaufte darauf das Holz ohne es in Besitz genommen oder auch nur besichtigt zu haben, an die Beklagte 2, die Ehefrau des Gemeinschuldners, für 150 ℳ mehr gegen deren Zahlung und Rückgabe des Akzepts. Die Beklagte ließ das Holz auf einen in ihrem Namen von Z. gemieteten Lagerplatz bringen und wies Z. im September 1901 an, die Hölzer der Beklagten 3, deren Inhaber damals ihre Schwiegermutter und vom 22. Dezember 1901 an ihr Schwager F. K. war, auszuliefern bzw. zur Verfügung zu stellen. Der Konkursverwalter klagte mit der Behauptung, daß die zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beklagten 1, zwischen diesem und der Beklagten 2 und zwischen ihr und der Beklagten 3 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte lediglich zum Schein und im allseitigen Einverständnis zu dem Zweck vorgenommen seien, die Gläubiger des Gemeinschuldners zu benachteiligen,

in der Hauptsache auf Herausgabe der Hölzer und nachdem sie im Laufe des Rechtsstreits versteigert worden waren und der Erlös hinterlegt war, auf Einwilligung in Herausgabe des hinterlegten Betrags. In zwei Instanzen ist dem Klagantrag entsprochen, auf die Revision aber die Klage abgewiesen worden, soweit sie sich gegen den Beklagten 1 richtete. Im übrigen ist die Revision zurückgewiesen.

„Wie oben schon ausgeführt, sieht der Berufungsrichter als erwiesen an, daß zwischen den beiden äußerlich getrennten Geschäften der Veräußerung der Hölzer an Beklagten 1 und von diesem an die Beklagte 2 ein innerer, abredegemäßer Zusammenhang bestand, daß diese beiden Geschäfte in Wirklichkeit ein einheitliches Geschäft oder, wie es an einer anderen Stelle heißt, eine ein einheitliches Ganze bildende Rechtshandlung war, bei der der Beklagte 1 sich gegen die Belohnung von 150 ℳ als Mittelsperson, als Strohmann benutzen ließ, um über die gleich von vornherein von den Beteiligten beabsichtigte Übertragung der Hölzer an die Beklagte 2 zu täuschen. Bei dieser Sachlage ist aber als Wille aller Beteiligten nicht anzunehmen, daß der Gemeinschuldner ernstlich irgend welche Rechte an den Beklagten 1 übertragen und dieser später seinerseits tatsächlich erworbene Rechte an die Beklagte 2 weiterübertragen sollte, vielmehr erhellt als Wille der Beteiligten, daß in Wirklichkeit die Rechte des Gemeinschuldners bezüglich der Hölzer unmittelbar auf seine Ehefrau übergehen sollten. Die Beklagte 2 kommt deshalb nicht als Rechtsnachfolgerin des Anfechtungsgegners i. S. von KO. § 40, sondern als unmittelbare Vertragsgenossin des Gemeinschuldners in Betracht und ist nach KO. § 37 zur Zurückgewährung des der Konkursmasse anfechtbar Entzogenem verpflichtet.

Hinsichtlich des Maßes des Zurückzugewährenden rügt nun die Revision, daß nicht festgestellt sei, welchen Wert die Hölzer zur Zeit der Versteigerung gehabt hätten; dafür, daß bei der vom Kläger ins Werk gesetzten Versteigerung ein hinter dem wahren Wert zurückbleibender Erlös erzielt sei, hätten die Beklagten nicht aufzukommen. Diese Rüge übersieht, daß die Ausführungen des Berufungsrichters dahin zu verstehen sind, daß er gerade auf Grund der Tatsache, daß die Hölzer in öffentlicher Versteigerung an den Meistbietenden veräußert worden sind, als erwiesen ansieht, daß die Hölzer zur Zeit der Versteigerung einen den Erlös übersteigenden Wert nicht gehabt haben. Diese auf tatsächlichen Erwägungen beruhende Feststellung ist in der Revisionsinstanz nicht zu beanstanden.

Hiernach beschwert das angefochtene Urteil die Beklagte 2 nach keiner Richtung.

Aber auch die Revision der Beklagten 3, die nur zur Einwilligung in Auszahlung des Steigerlöses und in Rückgabe der in Sachen 26 Q 7/02 des LG. I Berlin bestellten Sicherheit verurteilt ist, erscheint unbegründet. Die Annahme des Berufungsrichters, daß die Beklagte 3 den ihr nach KO. § 40 Abs. 2 Ziff. 2 obliegenden Nachweis der Unkenntnis ihrer Inhaber von der fraudulösen Absicht des Gemeinschuldners nicht erbracht hat, ist von der Revision nicht angefochten, sie rügt für diese Beklagte besonders nur, daß der Berufungsrichter unklar gelassen habe, inwiefern sie Rechtsnachfolgerin der Beklagten i. S. von § 40 Abs. 2 cit. geworden sei. Allein der Berufungsrichter stellt nicht nur fest, daß die Beklagte 2 durch ihre Zurverfügungstellung vom 21. September 1905 die Beklagte 3 tatsächlich und rechtlich in die Lage gebracht hat, über die Hölzer zu verfügen, sondern auch, daß die Beklagte 3 infolge dieser Ermächtigung ihrerseits am 22. Dezember 1901 den Platz, auf dem die Hölzer lagerten, gemietet habe. Des weiteren geht aus den in der Berufungsinstanz vorgetragenen Akten des LG. I Berlin 26 Q 7/02 hervor, daß auch diese Beklagte dem Erlaß der einstweiligen Verfügung vom 3. Febr. 02 widersprochen und ihren Widerspruch durch alle Instanzen aufrechterhalten hat. Bei dieser Sachlage ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter die Beklagte 3, die auf Grund der ihr von der Beklagten 2 eingeräumten Rechtsstellung Verfügungsrechte hinsichtlich der Hölzer in Anspruch nahm und dem klägerischen Rechte entgegen-

getreten ist, für verpflichtet erachtete, diese von ihr in Anspruch genommene Rechtsstellung zugunsten der Konkursmasse aufzugeben. Dagegen war der Revision des Beklagten 1, soweit es sich um die Rückgewähr des der Konkursmasse Entzogenen handelt, der Erfolg nicht zu versagen. Ausgehend von der Auffassung, die hinsichtlich der zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beklagten 1 und der Beklagten 2 am 7. August 1901 getroffenen Abreden oben bereits dargelegt ist, daß nämlich Beklagter 1 überhaupt in Wirklichkeit irgend welche Rechte bezüglich der Hölzer vom Gemeinschuldner nicht erwerben sollte und nicht erworben hat, vielmehr die Rechte unmittelbar von letzterem an seine Frau übergegangen sind, kann der Beklagte 1 als ernstlicher Vertragsgegner des Gemeinschuldners und damit als Anfechtungsgegner nicht in Betracht kommen. Auf Grund der KO. § 37 können Ansprüche gegen ihn nicht geltend gemacht werden."

347. Umfang der Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners, wenn nach einer in kollusivem Zusammenwirken herbeigeführten Pfändung eines Warenlagers Waren daraus im Geschäftsbetriebe des Schuldners verkauft worden sind (KO. § 37 Abs. 1). Urt. vom 24. Jan. 08, VII 165/07.

„... Die auch gegen diese Annahmen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision entbehren der Begründung.

Um eine Vollstreckungspfändung und Versteigerung, wie sie hier vorliegen, als anfechtbare Rechtshandlungen des Gemeinschuldners ansehen zu können, bedarf es der Feststellung, daß die Vollstreckungshandlungen im kollusiven Einverständnisse mit dem Gläubiger zustande gebracht sind (RGZ. 47, 223). Diese Feststellung hat das Berufungsgericht mit ausreichender Begründung getroffen.

Es hat zunächst eine Reihe von Tatsachen für erwiesen erachtet, aus denen es folgert, daß die Pfändung und Versteigerung nicht einseitig von dem Beklagten, als dem Zahlung verlangenden Gläubiger ohne Zutun der Gemeinschuldnerin ausgegangen sind, sondern daß die Zwangsvollstreckung im völligen Einverständnisse mit der Gemeinschuldnerin erfolgt ist.

Die in dieser Beziehung festgestellten Tatumstände — der Pfändung vorangegangene Besuche der Beklagten im Privatzimmer der Gemeinschuldnerin, bereitwillige Hilfe der Gemeinschuldnerin und ihrer Angehörigen bei der Vorbereitung der Pfändung und der Versteigerung, das Nichtschließen des Ladens nach der Pfändung, sondern die Fortführung des Geschäfts durch die Gemeinschuldnerin, die Art der Versteigerung, bei der abweichend von der Bekanntmachung ein Teil der Sachen nicht im Versteigerungslokale, sondern im Ladenlokale versteigert, auch eine gar nicht gepfändete Lichtanlage mit versteigert ist, die Ansteigerung der sämtlichen Gegenstände durch den Beklagten und die Zurückschaffung derselben in das Ladenlokal —, sind ausreichend, die vorstehende Feststellung zu rechtfertigen.

Dieselben Tatumstände lassen aber auch die weitere Schlußfolgerung des Berufungsgerichts berechtigt erscheinen, daß bei der im Einverständnisse mit der Gemeinschuldnerin vorgenommenen Zwangsvollstreckung, wenn auch, da dem Beklagten eine vollstreckbare Forderung zustand, Benachteiligung der unstreitig vorhandenen übrigen Gläubiger nicht ihr ausschließlicher Zweck gewesen ist, eine solche Benachteiligung doch von der Gemeinschuldnerin mitgewollt ist und daß dies dem Beklagten bekannt war. Als Zweck des gemeinschaftlichen Handelns stellt das Berufungsgericht fest, das Vorgehen des Beklagten den übrigen Gläubigern der Gemeinschuldnerin möglichst zu verbergen. Daß dies in der Weise geschah, daß trotz der Beschlagnahme des ganzen Warenlagers das Geschäft ebenso weiter geführt wurde, als ob die Pfändung nicht vorgekommen wäre, ja sogar andere Gläubiger nach der Pfändung befriedigt sind, hat offensichtlich den Zweck verfolgt, die beim Bekanntwerden der Sachlage sicher zu erwartende Konkurseröffnung zu ver-

meiden und dem Beklagten allein das Warenlager als Befriedigungsobjekt zu sichern. Das war ohne Mitwirkung der Gemeinschuldnerin nicht durchzuführen, in dieser Mitwirkung liegt das kollusive Einverständnis der Gemeinschuldnerin und deshalb ist die so bewirkte Zwangsvollstreckung, durch welche die zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienende Masse vermindert ist, vom Berufungsgerichte mit Recht als eine mit Erfolg aus der KO. § 31 Nr. 1 angefochtene Rechtshandlung der Gemeinschuldnerin angesehen worden...

Der wesentliche Inhalt der Verbindlichkeiten des Anfechtungsschuldners ist in dem hier zur Anwendung kommenden § 37 Abs. 1 KO. bestimmt; danach muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden, was durch die angefochtene Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben, oder aufgegeben ist. Der Zweck der Anfechtung ist, daß für die Masse derjenige Zustand hergestellt wird, welcher ohne die angefochtene Handlung bestehen würde (RGZ. 16, 26). Gegenstand der Anfechtung ist, wie vorhin ausgeführt, die im kollusiven Einverständnisse mit der Gemeinschuldnerin zustande gebrachte Vollstreckungshandlung. Die durch sie der Konkursmasse entzogenen Gegenstände sind in natura zurückzugeben oder es ist, wenn dies nicht geschehen kann, der Wert zu erstatten, den sie für die Konkursmasse haben würden (Jäger, Konkursordnung, 2. Aufl., § 37 Anm. 17). In diesem Sinne aufgefaßt ist die dem Grunde nach ausgesprochene Verurteilung des Beklagten zum Wertsersatz, ohne daß dadurch die Konkursmasse bereichert wird, gerechtfertigt. Wie nach diesem Grundsatz der Wertsersatz zu bemessen ist, bleibt den tatsächlichen Erörterungen des erstinstanzlichen Verfahrens vorbehalten.

Gleichwohl konnte die Entscheidung in diesem Punkte nicht aufrecht gehalten werden. Entzogen sind der Konkursmasse die in Frage stehenden Gegenstände nicht schon durch die Pfändung, sondern erst durch die Versteigerung.

Wenn nun, wie in dem in Bezug genommenen Schriftsatze vom 23. Juni 1906 behauptet und anscheinend auch unstreitig ist, die Gemeinschuldnerin in dem offen gehaltenen Geschäfte aus den gepfändeten Warenbeständen bis zur Versteigerung noch verkauft hat, besteht, wie die Revision zutreffend hervorhebt, hinsichtlich der so verkauften Waren keine Rückgabepflicht des Beklagten. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, daß Beklagter zur Zurückgabe der im Pfändungsprotokolle aufgeführten Gegenstände oder Ersatz des Werts derselben ohne weiteres verurteilt ist. Es bedarf vielmehr mit Rücksicht auf die erwähnte Sachlage noch einer tatsächlichen Erörterung darüber, ob die gepfändeten und die versteigerten Gegenstände identisch sind und wenn dies nicht der Fall ist und weniger versteigert als gepfändet ist, ist die Rückgabe- und Ersatzpflicht des Beklagten auf die versteigerten Sachen zu beschränken.

Zur Herbeiführung einer Feststellung hierüber war das angefochtene Urteil auf die Revision des Beklagten aufzuheben und die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen ..."

348. Inhalt des Anspruchs auf Rückgewähr, wenn der Anfechtungsgegner Zahlung der Forderung, deren Übertragung angefochten ist, erst nach Hinterlegung von Sicherheit erlangt hat (KO. § 37). Urt. vom 24. Jan. 08, VII 141/07.

„... Nach den Feststellungen des Berufungsrichters war die durch die Zession eingetretene Benachteiligung der Gläubiger nicht eine ungewollte Nebenwirkung der auf Befriedigung des Vaters gerichteten Rechtshandlung, sondern die Benachteiligung war geradezu beabsichtigt. Das Gesetz fordert aber keineswegs als Voraussetzung der Anfechtbarkeit, daß die Gläubigerbenachteiligung der einzige, ausschließliche Beweggrund des Gemeinschuldners gewesen ist. Hiernach ist die vom Berufungsrichter getroffene Feststellung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners aus rechtlichen Gründen nicht zu beanstanden ...

Kläger kann nach KO. § 37 von dem Beklagten Herausgabe dessen ver-

langen, was durch die anfechtbare Handlung dem Vermögen des Gemeinschuldners entzogen ist, er kann, wenn es sich, wie hier, um Abtretung einer Forderung handelt, Rückübertragung der Forderung und, falls diese nicht mehr möglich ist, Ersatz des Wertes der Forderung zur Zeit der Übertragung, aber auch Herausgabe dessen fordern, was der Anfechtungsgegner vom Schuldner als Gegenstand der Forderung erhalten hat. Dies letztere tut vorliegend Kläger und sein Anspruch auf Herausgabe der von B. gezahlten Beträge würde ohne weiteres begründet sein, falls B. in Anerkennung seiner Verpflichtung zwecks deren Erfüllung gezahlt hätte, denn dann würde feststehen, daß der Konkursmasse diese Beträge durch die Abtretung entzogen sind. Das ist aber vorliegend nicht der Fall. B. hat lediglich gezahlt, um die ihm nach Hinterlegung der Wertpapiere zum Nennwert von zusammen 17500 ℳ aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, also unter dem Vorbehalt der Zurückforderung im Fall der Aufhebung des Urteils. Beklagter hat deshalb diese Beträge nicht endgültig erhalten, vielmehr ist er verpflichtet, sie bei Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils an B. zurückzugeben. Zur Sicherstellung dieses Rückforderungsanspruchs hat er die Wertpapiere hinterlegen müssen und nur durch diese Hinterlegung sah sich B. zur einstweiligen Zahlung genötigt. Hat aber der Beklagte diese Beträge nur unter der Bedingung, daß das fragliche Urteil nicht wieder aufgehoben wird, erlangt und nur nach vorheriger Hinterlegung, so braucht er sie auch nur mit den gleichen Beschränkungen herauszugeben, denn andernfalls würde allerdings eine durch nichts gerechtfertigte Bereicherung der Konkursmasse auf Kosten des Beklagten vorliegen. Kläger hat deshalb nicht nur im Fall der Aufhebung des zwischen B. und dem Beklagten ergangenen Urteils die Beträge auch seinerseits wieder herauszugeben, sondern er muß auch, sofern er vor Rechtskraft jenes Urteils die Zahlung vom Beklagten fordert, dem Beklagten die von ihm hinterlegten Wertpapiere wieder verschaffen oder gleiche leisten. Nur so wird vermieden, daß der Beklagte verurteilt wird, der Konkursmasse mehr zu gewähren, als ihr durch die Abtretung entzogen ist . . ."

349. Angeborener Schwachsinn als krankhafte Störung der Geistestätigkeit (BGB. § 104 Nr. 2). Urt. vom 30. März 08, IV 364/07.

„Unzweifelhaft hat J. S., wie auch in dem Gutachten des Dir. Dr. D. und des Gerichtsarztes Dr. S. dargelegt ist, an angeborenem Schwachsinn gelitten. Die geistige Entwicklung ist bei ihm infolge mangelhafter ‚Gehirnorganisation' zurückgeblieben. Auch eine derartige Entwicklungshemmung fällt unter den Begriff der krankhaften Störung der Geistestätigkeit i. S. des BGB. § 104 Nr. 2, während der Begriff der Geisteskrankheit i. S. des § 6 Nr. 1 enger begrenzt ist. Es fragt sich aber, ob auch das in § 104 Nr. 2 vorgesehene weitere Erfordernis zutrifft, daß infolge der krankhaften Störung der Geistestätigkeit die freie Willensbestimmung des S. zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags ausgeschlossen war. Die freie Willensbestimmung setzt voraus, daß gegenüber den verschiedenen Vorstellungen und Empfindungen und gegenüber den Einflüssen dritter Personen, welche bestimmend auf den Willen einwirken, eine vernünftige Überlegung und freie Selbstentschließung darüber, was im gegebenen Falle als das Richtige zu tun ist, stattfindet. An der freien Willensbestimmung fehlt es, wenn infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit bestimmte Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse dritter Personen derart übermächtig den Willen beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist."

350. Anfechtung der in einem sonst nicht angefochtenen Vertrag enthaltenen Vereinbarung über den Erfüllungsort (BGB. § 119). Urt. vom 20. März 08, III 394/07.

„Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte dadurch, daß G. den Bestellschein vom 3. Mai 1906 mit dem im Vordruck enthaltenen Ver-



merk: ‚Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung ist D.‘ unterschrieben hat, den Bestimmungen des Bestellscheins auch hinsichtlich des Erfüllungsortes unterworfen sei; es läßt aber die Anfechtung der in der Urkunde enthaltenen Willenserklärung wegen Irrtums zu und erkennt auf den Eid des G. dahin, daß er jenen Vermerk vor dem 11. Oktober 1906 — dem Tage der Anfechtungserklärung — nicht gelesen habe; für den Fall der Leistung des Eides wird die Klage wegen Unzuständigkeit des Landgerichts F. abgewiesen, für den Fall der Verweigerung des Eides eine die Anfechtung ausschließende nachträgliche Genehmigung des Vermerks angenommen.

Unbegründet ist hiernach der von der Revision erhobene Zweifel, ob nicht das Berufungsgericht unter Verletzung von ZPO. § 416 annehme, daß die Beklagte eine die Vertragsklausel über den Erfüllungsort umfassende Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben habe. Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß die von G. unterzeichnete Urkunde formelle Beweiskraft hat und daß mit der Echtheit der Urkunde der in ihr enthaltene Vertragsabschluß auch hinsichtlich des Erfüllungsortes festgestellt ist. Die weiteren Ausführungen des Urteils betreffen die Anfechtung.

Zutreffend macht die Revision geltend, daß die Anfechtung wegen Irrtums nach BGB. § 119 nur begründet ist, wenn die Annahme gerechtfertigt erscheint, die Erklärung würde bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben worden sein. Es ist auch richtig, daß das Berufungsgericht sich über dieses Erfordernis der Anfechtung nicht ausdrücklich ausspricht. Die Gründe des angefochtenen Urteils ergeben aber in ihrem Zusammenhang, daß nach Annahme des Berufungsgerichts G. den Vermerk über den Erfüllungsort nicht genehmigt haben würde, wenn er davon Kenntnis gehabt hätte. Gegen diese Annahme bestehen auch mit Rücksicht auf die Tatsache der Anfechtung, den Inhalt des Anfechtungsschreibens und die Vertragsbestimmung, daß die von der Beklagten bestellte Ladeneinrichtung an ihrem Wohnorte L. zusammengestellt werden sollte, keine Bedenken."

351. Anfechtung des allgemein ausgesprochenen Verzichts auf Ansprüche gegen eine Versicherungsgesellschaft, weil der Verzichtende dabei nur den Fall vorübergehender, nicht der — inzwischen eingetretenen — dauernden Erwerbsunfähigkeit im Auge gehabt habe (BGB. § 119). Urt. vom 24. März 08, VII 280/07.

„Jedenfalls ist eine Rechtsverletzung in der Annahme des Berufungsrichters nicht zu erkennen, daß die Anfechtung des Verzichts wegen Irrtums die Nichtigkeit der Verzichtserklärung herbeigeführt habe (BGB. § 142). Der Berufungsrichter stellt auf Grund der eidlichen Aussage des Angestellten der Beklagten, Versicherungskommissars M., fest, daß die Klägerin bei der Abgabe der Verzichtserklärung vom 8. September 1905 über deren Inhalt, insbesondere über den erklärten Verzicht auf alle Ansprüche, die über die Entschädigung für vorübergehende Erwerbsunfähigkeit hinausgingen, im Irrtum gewesen sei. Diese offenbar unter Berücksichtigung des Standes und Bildungsgrades der Klägerin getroffene Feststellung entspricht völlig der Aussage des M. Nach dieser haben nicht nur die Klägerin, sondern auch M. übereinstimmend angenommen, daß die durch den Unfall hervorgerufene Erwerbsunfähigkeit der Klägerin nur eine vorübergehende sei. Von der Möglichkeit des Eintretens dauernder Erwerbsunfähigkeit ist bei den der Erklärung vom 8. September 1905 vorangegangenen Verhandlungen überhaupt nicht die Rede gewesen. M. hat sich deshalb auch nur bereit erklärt, der Klägerin die für vorübergehende Erwerbsunfähigkeit zu gewährende ‚tägliche‘ Entschädigung von 2,50 ℳ auf vier Monate mit zusammen 300 ℳ zu bewilligen. Dieses Angebot hat die Klägerin angenommen und darauf die Verzichtserklärung mit dem Bemerken ausgestellt, ihre Tochter wolle sich verheiraten und da könne man immer Geld brauchen. Dafür, daß die Klägerin auch für den Fall dauernder Erwerbsunfähigkeit habe auf die entsprechende Entschädigung verzichten wollen, ergibt

der Sachverhalt nicht den geringsten Anhalt und es muß deshalb angenommen werden, die Klägerin habe, falls ihr die Erklärung verständlich vorgelesen worden sein sollte — was nach der eidlichen Aussage des Zeugen B. nicht unzweifelhaft ist —, den Teil der Erklärung überhört oder mißverstanden, der die Ansprüche für den Invaliditätsfall betrifft. Zutreffend führt der Berufungsrichter aus, M. hätte bei dem aus seiner eigenen Zeugenaussage sich ergebenden Sachverhalt in dem zur Erklärung vom 8. September 1905 verwendeten gedruckten Verzichtsformular die Worte ‚für den Invaliditäts- und Todesfall' vor der Vollziehung durch die Klägerin streichen müssen. Da der Berufungsrichter weiter feststellt, die Klägerin hätte bei Kenntnis der Sachlage, d. h. der vorhandenen Invalidität, und bei verständiger Würdigung des Falls einen Verzicht auf die aus der Invalidität herzuleitenden Ansprüche nicht erklärt, auch habe sie die Anfechtungserklärung gegenüber der Beklagten unverzüglich abgegeben, nachdem sie von dem Irrtum Kenntnis erlangt habe, so liegen alle Erfordernisse einer wirksamen Anfechtung wegen Irrtums vor."

352. Vereinbarung eines Gesellschafters mit einer G. m. b. H. über Rückzahlung der Stammeinlage. Kann, wenn die Vereinbarung nichtig ist, der sie enthaltende Vertrag im übrigen rechtswirksam sein, insbesondere soweit die Gesellschafter persönlich eine Verbindlichkeit übernommen haben? (BGB. § 134; GmbHG. § 30 Abs. 1; BGB. § 139). Urt. vom 21. März 08, I 281/07.

Die Beklagten, die die offene Handelsgesellschaft C. L. bildeten, gewannen den Kläger dazu, mit ihnen am 1. Dezember 1903 eine G. m. b. H. unter der Firma C. L., G. m. b. H. zu gründen. Auf die vom Kläger übernommenen 75 000 ℳ Stammkapital wurden 20 000 ℳ angerechnet, die er der offenen Handelsgesellschaft geliehen hatte. Den Rest von 55 000 ℳ zahlte er zur Verfügung der G. m. b. H. bei einer Bank ein.

Der Kläger und der Beklagte B. C. wurden zu Geschäftsführern bestellt. B. C. hat sich dann einer Veruntreuung schuldig gemacht, indem er die eingezahlten 55 000 ℳ zum größten Teil zur Tilgung von Privatschulden der Beklagten verwandte. Als das der Kläger erfuhr, suchte er seine Beziehungen zu den Beklagten zu lösen. Die Verhandlungen führten zu drei notariellen Verträgen, sämtlich vom 14. September 1904, deren erster und dritter zwischen den Parteien, der zweite zwischen den Beklagten und der G. m. b. H. geschlossen wurde. Im ersten Vertrage trat der Kläger seinen Geschäftsanteil gegen 75 000 ℳ mit Zinsen zu je ein Drittel an die Beklagten ab. Auf den Kaufpreis wurden ihm rund 18 000 ℳ aus der Kasse der G. m. b. H. gezahlt und Forderungen der Gesellschaft in Höhe von 65 323,49 ℳ abgetreten. Die Beklagten verpflichteten sich, soweit die Forderungen bis zum 15. Dezember 1904 nicht eingehen würden, den Rest an jenem Tage bar zu zahlen, und verpfändeten dem Kläger zur Sicherheit hierfür ihre Geschäftsanteile an der Gesellschaft einschließlich des vom Kläger ihnen übertragenen Anteils. Im zweiten Vertrage versprachen sie, diejenigen Summen, die die Gesellschaft für Rechnung der Beklagten an den Kläger gezahlt habe oder noch zahlen werde, der Gesellschaft am 1. Dezember 1905 mit Zinsen zu erstatten. Durch den dritten Vertrag wurde vereinbart, daß der Kläger bis zur gänzlichen Deckung des Kaufpreises Geschäftsführer der Gesellschaft bleiben solle.

Die abgetretenen Forderungen flossen dem Kläger nur zum Teil zu. Er klagt einen Teil seines Restanspruchs ein. Die Beklagten beantragen Abweisung, weil die Verträge eine verdeckte Rückzahlung der Stammeinlage des Klägers bezweckten und daher nichtig seien. Die Klage ist in zwei Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Wohl aber muß die Aufhebung wegen Verletzung des materiellen Rechts erfolgen. Das Oberlandesgericht hat angenommen, daß es bei den Verträgen

vom 14. September 1904 auf eine Rückzahlung der Einlage des Klägers abgesehen sei. Die Begründung ist frei von Rechtsirrtum und wird durch die Angriffe der Revision nicht erschüttert. Zutreffend geht das Oberlandesgericht auch davon aus, daß das Versprechen der Rückzahlung einer Einlage, sofern es gegen GmbHG. § 30 verstößt, nach BGB. § 134 nichtig ist. Ob sich der Versprechensempfänger in gutem oder bösem Glauben befindet, ist hierfür gleichgültig; nur für die Kondiktion der Gesellschaft nach Erfüllung des Versprechens kann dieser Unterschied gemäß GmbHG. § 31 erheblich werden. Aber die Revision macht mit Recht geltend, daß die Auslegung, die das angefochtene Urteil dem § 30 Abs. 1 zuteil werden läßt, auf Rechtsirrtum beruht. Das Oberlandesgericht meint, nach dem Sinne des Gesetzes dürfe eine Stammeinlage überhaupt nicht zurückgewährt werden, auch wenn das nach der Rückgewähr verbleibende reine Gesellschaftsvermögen den Betrag des vertragsmäßig festgesetzten Stammkapitals erreiche. Diese Ansicht ist schon in dem Urt. des jetzt erkennenden Senats vom 28. Dez. 07 in Sachen S./C. Konkurs (Rep. I 29/07) widerlegt. Bleibt, wie hier, der Geschäftsanteil als solcher bestehen, so kommt es vielmehr darauf an, ob sich infolge der Rückgewähr der Einlage das Gesellschaftsvermögen dergestalt verringert, daß der nach Berücksichtigung aller Passiven verbleibende Reinbetrag das Stammkapital nicht mehr deckt. Der Kläger hatte behauptet, auch ohne daß er das aus dem Gesellschaftsvermögen Empfangene zurückgebe, würden die Gläubiger der Gesellschaft volle Befriedigung erhalten. Der Konkurs sei nur infolge einer Bürgschaft ausgebrochen, die der Beklagte B. C. namens der Gesellschaft am 6. November 1904 in Höhe von 210 000 ℳ gegenüber der B.-M. Bank übernommen habe; die Bürgschaft sei aber nichtig, weil sie durch ein betrügliches Zusammenwirken des Beklagten mit dem Direktor der Bank zustandegekommen sei (vgl. Tatbestand I. Instanz gegen Ende, Bl. 78, 79 d. A.). Diesen Behauptungen muß der Berufungsrichter nachgehen.

Sollte sich demnächst das Versprechen der Rückzahlung der Einlage als nichtig herausstellen, so fragt sich weiter, welche Bedeutung diesem Umstande für den Verkauf des Geschäftsanteils des Klägers zukommt. Auch wenn die drei Verträge vom 14. September 1904 als ein einheitliches Rechtsgeschäft aufgefaßt werden, bleibt gemäß BGB. § 139 zu prüfen, ob die Parteien den Verkauf nicht auch ohne die Vereinbarung der Tilgung des Kaufpreises mit den Mitteln der Gesellschaft vorgenommen hätten. Der Kläger hat hierfür geltend gemacht, daß die Beklagten, um die Straftat B.s nicht ruchbar werden zu lassen, auf alle Bedingungen eingegangen sein würden; er, Kläger, würde sich, wenn er die Rückzahlung der Einlage als unzulässig erkannt hätte, mit der Haftung der Beklagten für den Kaufpreis begnügt haben, zumal ihm daneben noch sämtliche Geschäftsanteile verpfändet seien. Der Berufungsrichter erklärt dieses Vorbringen kurzerhand für nicht überzeugend. Aber bei der erneuten Beurteilung, der er sich zu unterziehen hat, wird auch diese Frage von neuem zu untersuchen sein. Nach dem, was bis jetzt festgestellt ist, konnte es den Beklagten nur recht sein, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht direkt für die Tilgung des Kaufpreises in Anspruch genommen wurde. Bezeugt doch G., B. C. habe den größten Wert darauf gelegt, die Abtretung der Gesellschaftsforderungen an den Kläger vor den Schuldnern geheim zu halten. Was aber den Kläger betrifft, so würde ein Verhalten, wie er es von sich behauptet, der Handlungsweise eines verständigen Mannes entsprechen, der das Geringere nimmt, wenn er das Größere nicht erreichen kann. Unter diesen Umständen wird eine Feststellung, daß gleichwohl die Parteien den Verkauf nicht ohne die Abrede der Tilgung des Kaufpreises aus den Mitteln der Gesellschaft gewollt haben würden, einer eingehenden Begründung bedürfen."

353. Verstößt es gegen die guten Sitten, wenn der gegen Tierschaden versicherte Tierhalter es unterläßt, mit einer Person, die er auf seinem Fuhrwerk mitnimmt, vor Beginn der Fahrt den Ausschluß seiner

Haftung für Tierschaden zu vereinbaren? (BGB. §§ 138, 833). Urt. vom 12. März 08, IV 354/07.

„Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Beklagte hafte als Tierhalter der Klägerin gemäß BGB. § 833 wegen des Schadens, den sie durch den Unfall vom 20. Oktober 1905 erlitten habe. Der von dem Beklagten behauptete, an sich mögliche stillschweigende Ausschluß der Haftung durch vertragsmäßige Einigung sei nicht dargetan. Das Berufungsgericht habe nach den gesamten näher erörterten Umständen des vorliegenden Falles die Überzeugung gewonnen, daß der Wille der Parteien vor und bei Ausführung der Fahrt nicht dahin gegangen sei, die Tierhalterhaftung auszuschließen.

Die von der Revision erhobenen Angriffe können keinen Erfolg haben. Unbegründet ist das von der Revision aufgeworfene Bedenken, ob auch solche Fälle dem Anwendungsgebiet des BGB. § 833 unterliegen, in denen die später verletzte Person durch Benutzung eines Fuhrwerks die eine Beschädigung ermöglichende räumliche Beziehung zwischen sich und dem Tiere aus freien Stücken hergestellt hat. Eine derartige Unterscheidung liegt, soweit BGB. § 833 in Betracht kommt, dem Gesetze fern. Für die etwaige Annahme eines bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden schuldhaften Verhaltens der Klägerin i. S. des BGB. § 254 hatte die Verhandlung in der Berufungsinstanz keinerlei Anhalt gegeben. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, betreffend die Frage, ob durch stillschweigenden Vertrag die sich kraft Gesetzes ohne weiteres ergebende Haftung des Tierhalters von den Parteien ausgeschlossen worden ist, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Berufungsgericht hat weder einen allgemeinen Rechtssatz dahin aufgestellt, daß bei unentgeltlicher Beförderung die Haftung stets als ausgeschlossen zu gelten habe, noch dahin, daß bei Gewährung eines Entgelts die Haftung stets aufrechterhalten sei. Es hat mit Recht die tatsächliche Gestaltung des Einzelfalles für ausschlaggebend erachtet und ist nach eingehender Erwägung der Beziehungen der Parteien und der sonstigen Umstände zu dem Ergebnis gelangt, daß beiden Teilen der zur Annahme eines die Haftung des Beklagten ausschließenden Vertrags erforderliche Vertragswille gefehlt hat. Es ist verfehlt, wenn die Revision unter Hinweis auf die vom Beklagten abgeschlossene Versicherung gegen Tierschäden auszuführen sucht, die Parteien würden gegen die guten Sitten verstoßen haben, wenn sie es bei Beginn der Fahrt unterlassen hätten, die Haftung des Tierhalters auszuschließen. In der Beibehaltung der vom Gesetz ausgesprochenen Regelung liegt kein Verstoß gegen die von der Revision angezogenen Vorschriften des BGB. §§ 138, 226."

354. Verstoßen Vereinbarungen von Unternehmern, die das gegenseitige Unterbieten bei öffentlichen Ausschreibungen auszuschließen bezwecken, gegen die guten Sitten oder gegen PrStGB. § 270? (BGB. §§ 138, 134; PrStGB. vom 14. April 51 § 270). Urt. vom 7. März 08, I 357/07.

„Der Revision muß der Erfolg versagt werden. 1. Anlangend BGB. § 138, so hat das Oberlandesgericht erwogen, Vereinigungen von Unternehmern, wie sie hier in Frage stehen, seien als berechtigte Betätigungen des Selbsterhaltungstriebs gegenüber dem sie bedrohenden Submissionswesen anzuerkennen. Zugleich dienten sie dem Interesse der Gesamtheit, indem das gegenseitige, durch öffentliche Submissionen veranlaßte Unterbieten ganze Klassen von Gewerbetreibenden gefährde und damit auch weitere Kreise in Mitleidenschaft ziehe. Anderseits erleide der Veranstalter eines Wettbewerbs durch solche Vereinbarungen keinen Schaden. Er könne die Arbeit andern Unternehmern, die außerhalb ständen, übertragen. Auch erteilten die Behörden erfahrungsgemäß nicht immer dem billigsten Unternehmer den Zuschlag, denn sie sagten sich selbst, daß bei allzu niedrigen Preisen die Arbeit mangelhaft ausfallen müsse oder die Existenz des Unternehmers und damit die Arbeitsausführung gefährdet würden. Beachte man dies, so kämen die Vereinigungen dem wahren

Interesse des Ausschreibenden sogar entgegen. Auch den B.er Verwaltungen habe es freigestanden, die Angemessenheit der Gebote zu prüfen und danach ihre Entscheidung über den Zuschlag zu treffen. Der Beklagte selbst habe vorgetragen, daß der Magistrat, wenn ihm nicht zusagende Preise gestellt würden, die Arbeiten in eigner Regie ausführe. Daher sei es auch gleichgültig, ob vereinbart sei, daß die niedrigste Offerte mit 5% überboten werden müsse. Solange nicht eine Vereinigung den Zweck verfolge, durch Zusammenschluß sämtlicher Unternehmer den Arbeitgeber zur Bewilligung unangemessen hoher Preise zu zwingen, könne man von einem Verstoß gegen die guten Sitten nicht sprechen. Daß aber die B.er Mindestgebote jemals die Grenzen der Angemessenheit überschritten hätten, sei vom Beklagten nicht dargelegt.

Die Revision erhebt die Rüge, das Berufungsgericht würdige nicht genügend, daß die Kontrahenten vom 17. März 1906 ihre Angebote ohne Rücksicht auf ihr wirkliches Geschäftsinteresse abgeben sollten, nur um den Anschein zu erwecken, daß das Mindestgebot im Vergleich zu ihren Geboten für den Ausschreiber der Submission immer noch das günstigste sei. Dadurch habe das Urteil des Ausschreibers beeinflußt und die Ermittlung des günstigsten und zugleich reellsten Gebots erschwert werden müssen. Sowohl das Ziel als das dabei angewandte Mittel der Täuschung verletze die guten Sitten.

Der Angriff der Revision erscheint nicht begründet. Seitdem es in Staat und Gemeinde üblich geworden ist, Arbeiten auf Grund öffentlicher Ausschreiben an den Mindestfordernden zu vergeben, bildet die dadurch entfesselte schrankenlose Konkurrenz durch unrelle Unterbietungen eine schwere Gefahr für den Handwerkerstand. Vereinbarungen von Unternehmern, die bezwecken, die Gefahr zu bekämpfen und angemessene Preise aufrechtzuerhalten, sind grundsätzlich als zulässig anzusehen. Sie sind so wenig gegen die guten Sitten, daß sie vom Standpunkt einer gesunden Wirtschaftspolitik im Gegenteil Billigung verdienen. Natürlich ist damit nicht gesagt, daß schon um dieses Ziel willen jede beliebige Abmachung vor einer Beanstandung aus BGB. § 138 geschützt wäre. Die Prüfung des Einzelfalles bleibt maßgebend. Im vorliegenden Fall ist aber nicht erkennbar, was als sittlich anstößig erachtet werden könnte. Die Festsetzung von Mindestgeboten mit der Abrede, daß die übrigen Teilnehmer das Mindestgebot überbieten müssen, gehört zu dem selbstverständlichen Inhalt solcher Vereinbarungen. Auch die Geheimhaltung ist selbstverständlich, und auch durch sie werden keine berechtigten Interessen verletzt. Die Behörde, die einen Wettbewerb veranstaltet, hat keinen Anspruch darauf, Geschäftsgeheimnisse der Unternehmer oder die für die Stellung der Offerten bestimmten Umstände zu erfahren. Es bleibt ihr überlassen, die Offerten auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Auf eine Täuschung ist es dabei nicht notwendig abgesehen, und wenn wirklich einmal ein Beamter durch solche Geheimabreden irregeführt werden sollte, so hat er es seiner eigenen schuldhaften Unkenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse zuzuschreiben.

Mit dieser Beurteilung tritt der Senat nicht in Widerspruch mit dem Urt. des 7. ZS. vom 8. Nov. 07, Rep. VII 51/07. Dort hatte eine Privatperson acht bestimmte Unternehmer aufgefordert, Offerten für einen Speicherbau einzureichen und dabei erklärt, das Mindestgebot solle berücksichtigt werden. Die Unternehmer kamen in einer geheimen Versammlung überein, daß, während die angemessene Vergütung für den Bau ungefähr 160 000 ℳ betrug, 180 000 ℳ als Mindestpreis von einem von ihnen gefordert würden; die sieben andern sollten darüber hinausbieten; nachdem der erwählte Mindestfordernde mit der Arbeit beauftragt sein würde, hatte er jedem der übrigen 3000 ℳ auszuzahlen. Diese Vereinbarung mußte nach BGB. § 138 reprobiert werden. Sie unterscheidet sich aber von der hier vorliegenden in wesentlichen Punkten. Abgesehen davon, daß dort die Aufforderung von einer Privatperson ausging und an bestimmte Unternehmer gerichtet war, haben die B.er Behörden bei den von ihnen veranstalteten öffentlichen Ausschreibungen durchaus nicht erklärt, sich auf das Mindestgebot festlegen zu wollen. Der Berufungsrichter

bezeichnet es als gerichtsbekannt, daß in richtiger Würdigung der Verhältnisse mitunter auch einem höheren Gebote der Zuschlag erteilt werde, weil es nach der Gesamtheit der in Betracht zu ziehenden Umstände das Vorteilhaftere sei. Ferner ist nicht festgestellt, daß die verabredeten Gebote über die Grenzen der Angemessenheit hinausgegangen wären. Danach liegt nichts dafür vor, daß nicht auch diejenigen Teilnehmer der Vereinbarung vom 17. März 1906, die höher bieten sollten als das Mindestgebot, ihre Offerte als ernstgemeinte abgegeben haben (vgl. auch das Urt. des 3. ZS. vom 24. Nov. 03, Rep. III 221/03).

2. Des weiteren hat der Beklagte versucht, die Nichtigkeit des Vertrages vom 17. März 06 aus BGB. § 134 verb. mit PrStGB. vom 14. April 51 § 270 herzuleiten. Nach diesem Paragraphen wird bestraft, wer andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält.

Nun ist die Fortgeltung des § 270 in feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt. Es erscheint auch unbedenklich, die Bestimmung auf Submissionen mitzubeziehen (vgl. RGZ. 35, 392; KGJ. 33 C 92; Oppenhoff, PrStGB., 6. Aufl., § 270 Anm. 4; Groschuff, PrStGB., 2. Aufl., Nr. 70 Anm. 3). Aber durch den Beschl. der VZS. des RG. vom 17. März 05 (RGZ. 60, 273) ist ausgesprochen, daß Nichtigkeit des Vertrages infolge Vergehens gegen § 270 nicht eintritt, da nur die Tätigkeit des von der Versteigerung Abhaltenden verboten ist, während nach BGB. § 134 das Rechtsgeschäft als solches durch das Verbot betroffen sein müßte. Daher hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf den Plenarbeschluß den Einwand verworfen. Was die Revision dagegen vorbringt, beruht auf Mißverständnis. Sie meint, das Reichsgericht habe nur den Fall behandelt, wenn lediglich einer der Kontrahenten den andern von der Versteigerung abhält; nach der Vereinbarung vom 17. März 06 hielten alle sich wechselseitig ab. Aber der Plenarbeschluß läßt deutlich erkennen, daß ein Verstoß gegen § 270 den Vertrag in keinem Falle nichtig machen kann, weil die Einseitigkeit der Verbotsübertretung zum Tatbestande der Strafbestimmung gehört. Im Sinne dieser Bestimmung ist eine wechselseitige Abhaltung von einer Versteigerung nicht denkbar. Vereinbaren die Vertragsteile, an der Versteigerung nicht teilzunehmen, so liegt ein Abhalten, so wie es der § 270 versteht, überhaupt nicht vor (vgl. Urt. des 1. StrS. vom 10. Dez. 88, RGSt. 10, 714; Urt. des 7. ZS. vom 29. Jan. 07, JW. S. 201 Nr. 5). Hierzu kommt, daß eine Beteiligung an den Submissionen keinem der Kontrahenten vom 17. März 06 verwehrt sein sollte. Nur eine bestimmte Mindesthöhe wurde für die Gebote vorgeschrieben. Wären die Übergebote fingierte gewesen, die schlechthin keine Aussicht auf Berücksichtigung gehabt hätten, so ließe sich zweifeln, ob der Zwang zum Höherbieten, trotz der Unzulässigkeit analoger Anwendung von Strafgesetzen, nicht einem Abhalten von der Versteigerung gleichgestellt werden müßte. Aber es ist bereits ausgeführt, daß dieser Fall hier nicht gegeben ist. Kein Unternehmer war gewiß, daß er nicht trotz des höheren Gebots den Zuschlag erhalten würde. Auch aus diesem Grunde kann von einem Abhalten keine Rede sein."

355. Zeitpunkt, in welchem der Eingang der Antwort auf einen Antrag unter regelmäßigen Umständen zu erwarten ist (BGB. § 147 Abs. 2). Urt. vom 4. März 08, I 291/07.

„Der Angriff der Revision, daß das angefochtene Urteil auf einer unrichtigen Anwendung des § 147 Abs. 2 BGB. beruhe, erweist sich als begründet. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die mündlichen Verhandlungen, welche v. H. am 11. September 1905 mit dem Beklagten geführt hat, für sich allein ein Kaufgeschäft zwischen dem Beklagten und dem Kläger nicht zustande brachten, weil bei diesen Verhandlungen v. H. lediglich als von

beiden Teilen beauftragter Vermittler tätig war, der damit betraut war, die Erklärungen des Verkäufers T. in B. entgegenzunehmen und dem in M. wohnenden Ingenieur W. zu übermitteln. Dieser seiner Stellung als Vermittler entsprechend hat v. H. das am 11. September 1905 vom Beklagten erhaltene Zessionsformular auch nicht selbst unterzeichnet, sondern dasselbe am 12. September 1905 an den Kläger, dem die Kaufbedingungen bereits bekanntgegeben waren, nach M. mit der Aufforderung gesendet, die Zession umgehend zu unterschreiben und dann das Kapital einzuschicken. Er unterließ dabei nicht, beizufügen, daß nach T.s Ansicht die Anteile in den nächsten Tagen schon steigen würden und daß ‚hier nicht lang zu handeln' sei. War hiernach der Kläger bereits am 12. oder 13. September 1905 im Besitz des Verkaufsanerbietens und des Zessionsformulars, wie auch aus dem Schreiben seiner Bank vom 14. September 1905 hervorgeht, so hatte er allen Anlaß, mit der Kundgabe, daß er das Anerbieten des abwesenden Verkäufers angenommen habe und mit der Unterzeichnung des Formulars nicht zu zögern. Die Forderung der Revision, daß die Annahme des Anerbietens mit Rücksicht auf die Schwankungen im Kurse von Kaliwerten telegraphisch oder telephonisch habe erfolgen müssen, geht zwar zu weit, da der Beklagte selbst die Einsendung des akzeptierten Zessionsformulars durch Brief in geschäftlicher Weise gewärtigte. Immerhin aber durfte der Beklagte erwarten, daß der Kläger im Laufe des 13. September 1905 von der Annahme des Anerbietens, wenn er davon Gebrauch machen wollte, ihn verständigen werde. Beides hat der Kläger am 13. September 1905 unterlassen, während der Beklagte bei der geringen Entfernung zwischen M. und B. an diesem Tage den Eingang einer Antwort auf seinen Antrag auch dann erwarten durfte, wenn er die Verzögerung gebührend in Anschlag brachte, welche für die Übermittlung seines Antrags sich daraus ergab, daß er sich eines Unterhändlers bediente. Das Berufungsgericht meint nun allerdings, die Annahmeerklärung des Klägers sei darin zu finden, daß er durch Vermittlung der M.er Privatbank am 14. September das unterschriebene Zessionsformular nebst dem Kaufpreis übersenden ließ, und daß diese Sendung von der Beklagten bereits abgegangen gewesen sei, bevor die Kurenzeitung am 15. September 1905 die günstige Nachricht über das Anbohren von Anhydrit brachte. Allein diese Annahme ist nicht haltbar, da der Auftrag an die Bank nicht die erforderliche Annahmeerklärung dem Beklagten gegenüber ersetzen konnte und, wie der Beklagte sich sagen mußte, die Einschiebung der Bank die ihm nahegelegte unverzügliche Erledigung der Sache zu verzögern geeignet war. Da der Kläger selbst nicht behauptet hat, daß auf dem von ihm gewählten Wege der Beklagte auch nur im Laufe des 14. September Kenntnis von seiner Annahme des Verkaufsanerbietens erhalten habe, steht schon jetzt fest, daß die Frist, innerhalb deren der Kläger den Eingang einer Antwort auf seinen Antrag unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte, bereits abgelaufen war, bevor er von der Annahmeerklärung Kenntnis erhielt, mag dies nun am 15. oder 16. September gewesen sein. Da der Antrag nicht rechtzeitig angenommen wurde, war er erloschen, als die Annahmeerklärung dem Beklagten zuging; ein Vertrag unter den Parteien ist daher nicht zustandegekommen. Die entgegengesetzte Annahme der Vorinstanzen beruht auf einer rechtsirrigen Annahme des BGB. § 147 Abs. 2."

356. 1. Hat die Pfändung und Überweisung des rechtshängigen Anspruchs Einfluß auf den Rechtsstreit? (ZPO. § 265). 2. Zulässigkeit des Abschlusses eines Abtretungsvertrages durch einen Vertreter mit sich selbst (BGB. § 181). Urt. vom 20. März 08, III 475/07.

„Gegenüber der Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte nicht offen lassen dürfen, ob und welche Rechte der Firma Wwe. D. & Co., G. m. b. H., aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse vom 7. Juni 1905 in Höhe des überwiesenen, die Forderung der Klägerin unstreitig übersteigenden Betrags von 4197 ℳ 15 ₰ nebst 5 v. H. Zinsen seit dem 20. Juni 1902 und

102 ℳ 15 ₰ Kosten erwachsen seien, weil, wenn diese Beträge mit voller rechtlicher Wirkung überwiesen seien, in Ansehung ihrer die Aktivlegitimation der Klägerin zerstört wäre, ist lediglich auf den § 265 ZPO. hinzuweisen, der in Abs. 2 gerade bestimmt, daß die Veräußerung oder Abtretung des rechtshängigen Anspruchs — und was von diesem gilt, muß auch von der Pfändung und Überweisung Geltung haben — auf den Rechtsstreit keinen Einfluß habe. In der grundlegenden Entsch. des 4. ZS. des RG. vom 7. Okt. 97 (RGZ. 40, 340) ist zwar ausdrücklich ausgesprochen, daß die Einflußlosigkeit auf den Rechtsstreit nur die prozessualischen Verhältnisse betreffe und nicht dazu bestimmt sei, das materielle Recht, wonach gerade die Verfügung über rechtshängige Ansprüche habe zugelassen werden sollen, zu ändern. Es ist aber doch der Umstand, daß die Klägerin nach erfolgter Abtretung ihren Klaganspruch nicht dahin geändert habe — worauf auch hier die Revision Gewicht legt —, die Beklagten zur Zahlung an den Rechtsnachfolger zu verurteilen, für ‚nicht von entscheidender Bedeutung' erklärt worden. In der Tat sind auch die etwaigen Rechte der Firma Wwe. D. & Co., G. m. b. H., vollständig durch ZPO. § 727 gewahrt, wie diese andererseits nach § 325 die ergehende Entscheidung gegen sich gelten lassen muß. Übrigens hat die Klägerin durch die einschränkende Fassung des Klagantrags die streitigen Rechte dieser Firma auch noch ausdrücklich zur Berücksichtigung gebracht. Ein Fall der Ausnahmevorschrift der ZPO. § 265 Abs. 3 aber, mit dessen Bedeutung sich das von der Revision angezogene Urteil des 6. ZS. des RG. vom 11. Jan. 04 (RGZ. 36, 301) beschäftigt, liegt hier nicht vor.

Verfehlt ist auch die Rüge der Revision, die Feststellungen des Berufungsgerichts, aus denen dieses folgert, es sei dem Kaufmann K. gestattet gewesen, im Namen der von ihm vertretenen Klägerin mit sich in eigenem Namen den Abtretungsvertrag betreffend die eingeklagte Forderung abzuschließen, fänden dem BGB. § 181 gegenüber in dem Wortlaute des Gesellschaftsvertrags und dem Parteivorbringen keine genügende Grundlage. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die im § 181 zugelassene Ausnahme von dem Verbote des Abschlusses von Rechtsgeschäften von seiten eines Vertreters mit sich selbst, die in dem Zwischensatze enthalten ist: ‚soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist', im vorliegenden Falle deshalb gegeben sei, weil eine Schädigung der Interessen der Klägerin bei der Abtretung nicht in Frage komme und sich aus dem nahen Verwandtschaftsverhältnisse zwischen den Beteiligten eine Interessengemeinschaft zwischen ihnen ergebe. Diese Begründung, die lediglich auf dem Gebiete der Würdigung des festgestellten Sachverhältnisses in tatsächlicher Beziehung liegt, entspricht jedenfalls den Anforderungen der ZPO. § 286. Ebenso ausreichend ist die fernere Darlegung des Berufungsgerichts, wonach es angenommen hat, daß auch die Schlußausnahme von der Regel des § 181, ‚es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe', hier vorliege, die Ausführung nämlich: nach § 2 des Gesellschaftsvertrages sei Gegenstand des Unternehmens der Klägerin der Erwerb und die Fortführung aller von der Firma B. K. in S. betriebenen Geschäfte der Grundbesitz-, Hypotheken-, Bank- und Finanzierungsbranche und der damit zusammenhängenden und verwandten Nebengeschäfte, und es müsse daher angenommen werden, daß der Kaufmann K. mit der Abtretung lediglich eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende Verpflichtung erfüllt habe."

357. Anerkenntnis einer Schuld durch das Erbieten, einen Teilbetrag als Abfindung zu zahlen (BGB. § 208). Urt. vom 24. Febr. 08, VI 255/07.

„Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Verjährung am 9. oder 10. Dezember 1903 durch Anerkenntnis des Beklagten unterbrochen worden sei; die Parteien seien darüber einverstanden, daß der Beklagte an einem dieser beiden Tage dem Kläger erklärt hat, er wolle ihm

zur Abfindung für seine Forderung einen Teilbetrag, nämlich 1000 oder 1500 ℳ bezahlen. In dieser Erklärung sei das Bewußtsein des Beklagten von der Existenz seiner Schuld ausgedrückt, und dies genüge, um ein Anerkenntnis i. S. von BGB. § 208 anzunehmen.

Diesem Angriff war der Erfolg nicht zu versagen. Der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, durch Leistung des dem Beklagten von der ersten Instanz auferlegten Beweisbeschlußeides sei widerlegt, daß der Beklagte dem Kläger am 9. oder 10. Dezember 1903 versprochen habe, ihn wegen des Restes seiner Forderung aus dem Jahre 1876 zu befriedigen, läßt jene vom Beklagten abgegebene unstreitige, übrigens von ihm auch als sog. Adversative mitbeschworene Erklärung unberücksichtigt. In ihr ist aber ein Anerkenntnis des Klaganspruchs i. S. von BGB. § 208 zu finden. Mit der in der Literatur herrschenden Ansicht geht der erkennende Senat davon aus, daß zu einem solchen Anerkenntnis der Wille des Verpflichteten, sich dem Gläubiger gegenüber zu binden, nicht erforderlich ist, daß vielmehr ein Verhalten dem Gläubiger gegenüber genügt, aus dem sich das Bewußtsein des Verpflichteten von der Existenz der Schuld klar und unzweideutig ergibt. Diese Auffassung allein entspricht dem Wortlaut des Gesetzes, sowie seiner Entstehungsgeschichte (vgl. Mot. zu § 169 des 1. Entw., Prot. der Komm. f. d. 2. Lesung des Entw. I S. 222, 223) und seinem Zweck (vgl. die Kommentare zum BGB. von Planck, 3. Aufl., und Staudinger, 3./4. Aufl., zu § 208). Die Überzeugung des Beklagten von der Existenz des Klaganspruchs, über dessen Höhe zwischen den Parteien kein Streit obgewaltet hat, ergibt sich unzweideutig aus dem Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung, dem Kläger zur Abfindung für seine Forderung einen Teilbetrag zu bezahlen. Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob auch in den Erklärungen des Beklagten, die als Adversative in den ihm auferlegten richterlichen Eid aufgenommen worden sind, mit der Revision ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis gefunden werden kann. Es mag indessen auf die Rüge der Revision, daß auch ‚eine bloße Vertröstung', als welche das Berufungsgericht jene Erklärungen ansieht, die Verjährung unterbrechen könne, bemerkt werden, daß das Berufungsgericht mit dieser Charakterisierung der betreffenden Erklärungen keineswegs die Frage hat beantworten wollen, ob in ihnen ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis zu finden sei, sondern daß es, wie der Zusammenhang ergibt, gegenüber der Behauptung des Beklagten, daß der Kläger im Jahre 1876 dem außergerichtlichen Akkord beigetreten sei, ein ‚bündiges Zahlungsversprechen' fordert, damit der Kläger die durch diesen Beitritt erloschene Forderung wieder geltend machen könne."

358. Kausalzusammenhang zwischen einem Schlag und einer Erkrankung (BGB. §§ 249 ff.). Urt. vom 12. März 08, IV 300/07.

„Das Berufungsgericht führt aus: Ergebe sich der unter Eid gestellte Klagevortrag als richtig, so sei als nachgewiesen anzusehen, daß der dem Kläger durch das Pferd des Beklagten zugefügte Schlag die Entwicklung der Tuberkulose an der verletzten Stelle und demzufolge die Amputation des Unterarms herbeigeführt habe. Eine Knochentuberkulose, wie der Kläger sie gehabt habe, sei in den überwiegend meisten Fällen die Folge einer äußeren Gewalteinwirkung. Durch eine solche traumatische Einwirkung werde die Widerstandsfähigkeit der getroffenen Körperstelle herabgemindert und so ein für die destruierende Tätigkeit der vorhandenen Tuberkelbazillen günstiger Boden geschaffen. Die Revision macht demgegenüber geltend: Die Feststellung des Kausalzusammenhangs sei nicht schlüssig begründet. Nach den Annahmen des Berufungsgerichts sei durch die Kontusion nur ein günstigerer Boden für die Tuberkulose, d. h. für die Verbreitung der Bazillen geschaffen worden. Bei dieser Sachlage sei aber die tuberkulöse Erkrankung des Klägers nicht auf den Schlag des Pferdes, sondern auf die im Körper des Klägers befindlichen Bazillen ursächlich zurückzuführen. Der von dem Pferde versetzte Schlag sei

keine Ursache, sondern nur eine ganz entfernte Bedingung für den eingetretenen Erfolg. Der Angriff geht fehl. Der Begriff des ursächlichen Zusammenhangs ist nicht verkannt. Allerdings ist im Rechtssinne eine Tätigkeit nicht ohne weiteres für den vom Gesetze gemißbilligten Erfolg schon dann kausal, wenn sie irgend eine der zum Erfolge mitwirkenden Bedingungen hergestellt hat. In feststehender Rechtsprechung hat vielmehr das Reichsgericht daran festgehalten, daß nur diejenige Bedingung als kausal für den Erfolg gilt, die nach der Regel des Lebens und der Erfahrung der Wissenschaft von vornherein geeignet war, sei es für sich, sei es in Verbindung mit anderen gegebenen Bedingungen, den eingetretenen Erfolg zu fördern und herbeizuführen. Nach den auf gutachtliche Äußerungen der Sachverständigen gestützten Annahmen des Berufungsgerichts war aber erfahrungsgemäß gerade eine solche Kontusion, wie sie hier in Frage steht, geeignet, anderweit latent vorhandene Dispositionen auszulösen und auf den Erfolg hinzulenken. Damit erwies sich die Kontusion als ursächlich (vgl. RGZ. 6, 1 ff.)."

359. Haftung des Mieters einer Schute wegen des Unterlassens von Vorkehrungen zu ihrer Sicherung (BGB. §§ 276, 535 ff., BinnenschG. § 4 Abs. 2). Urt. vom 21. März 08, I 259/07.

„Die Frage des Verschuldens des Ewerführers V. kann unentschieden bleiben, da das Oberlandesgericht ein eigenes Verschulden der Beklagten einwandfrei festgestellt hat. Es erklärt die Lage der Schute zwischen dem abgebäumten Dampfer und dem Kai für an sich gefährlich, im vorliegenden Falle aber durch den herrschenden Sturm noch ganz besonders gefahrdrohend. Diese tatsächliche Feststellung ist nicht nachzuprüfen, es ist auch unerheblich, daß in der Vorinstanz behauptet ist, es sei nicht ungewöhnlich, daß in der Nacht beladene Schuten zwischen dem abgebäumten Schiffe und dem Kai liegen blieben, schon deswegen, weil dabei auf den besonderen Umstand des zur fraglichen Zeit herrschenden Sturmes keine Rücksicht genommen ist. War aber die Lage der Schute eine gefährliche, so verlangte es die im Verkehr erforderliche, in diesem Falle der Beklagten als Mieterin obliegende Sorgfalt, die Schute baldmöglichst nach erfolgter Beladung verholen zu lassen. Wenn es hierzu der Hilfe eines Dampfers bedurfte, so hätte sie sich dessen bedienen müssen. Übrigens stand ja auch in dem Dampfer H. ein solcher vor dem Unfalle ohne weiteres zur Verfügung. Darauf, daß sie sich auf ihren Ewerführer verlassen durfte, kann Beklagte sich nicht berufen. Dieser hatte den Fall schon am Abend vorher durch genaue Meldung über die Lage der Schute ihrer Entscheidung unterbreitet. Gerade wenn es, wie sie behauptet, zum Verholen der Schute der Hilfe eines Schleppers bedurfte, der dem Ewerführer nicht ohne weiteres zur Verfügung stand, war es ihre Sache, die nötige Anordnung zu treffen. Sie brauchte vielleicht nicht sachverständiger zu sein, wie ihr Schiffer, mußte jedoch jedenfalls dieselbe Sachkunde gewährleisten.

Die beschränkte Haftung gemäß BinnenschG. § 4 Abs. 2 kommt ihr nicht zugute, einmal weil sie gemäß BinnenschG. § 2 nur gegenüber Dritten, nicht aber ihrer Vermieterin gegenüber als Schiffseignerin angesehen wird, sodann weil sie das Schiff nicht selbst geführt hat, sondern durch einen anderen als Schiffer hat führen lassen."

360. Ist die Verpflichtung eines Dritten, einen Teil des Kaufpreises zu zahlen, an die Form BGB. § 313 gebunden? (BGB. § 313). Urt. vom 24. März 08, II 592/07.

„Es kann für die Revision dahingestellt bleiben, ob diese Bedenken gegen die Annahme des Oberlandesgerichts begründet sind, da die zwischen dem Beklagten und den übrigen Vertragsparteien des Notariatsaktes vom 23. Sept. 01 getroffene Abmachung rechtlich jedenfalls nicht einen Teil des Kaufvertrages bildet. Der Beklagte war weder Verkäufer noch Käufer; er

übernahm es, weil er mit anderen Anliegern ein Interesse an dem Zustandekommen des Vertrages hatte, für die Käufer einen Teil des Kaufpreises zu zahlen. Auf dieses Vertragsverhältnis findet BGB. § 313 überhaupt keine Anwendung und es kann daher rechtlich nicht unzulässig erscheinen, wenn in formloser Weise insoweit Nebenabreden getroffen werden, welche an Stelle der in dem Notariatsakte beurkundeten maßgebend sein sollten."

361. Gilt die im Versicherungsvertrage enthaltene Vereinbarung über die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts auch für die mitversicherten Angestellten usw. des Versicherungsnehmers? (BGB. § 328, ZPO. § 38). Urt. vom 3. April 08, VII 326/07.

„Allein der Berufungsrichter deutet den § 12 anders. Er versteht unter dem Versicherungsnehmer i. S. des § 12 nicht nur S., sondern — sofern man mit dem Kläger auch die Angestellten des S. als mitversichert anzusehen habe — auch diese Mitversicherten; es komme der Gerichtsstand desjenigen Versicherungsnehmers in Betracht, der den Streit mit der Gesellschaft führe. Gegen diese Auslegung läßt sich rechtlich nichts erinnern. Wenn Bevollmächtigte, Repräsentanten oder sonstige Angestellte und Beauftragte des Versicherungsnehmers im Sinne des Vertrages als Versicherungsnehmer gelten (§ 1 Abs. 2 der Bedingungen), so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß auch i. S. des § 12 des Vertrages der Gerichtsstand des jeweiligen Versicherungsnehmers, der Ansprüche gegen die Gesellschaft erhebt, maßgebend sei. Freilich beruhen die Rechte der Mitversicherten lediglich auf dem Vertrage, den S. mit der Beklagten geschlossen hat; sie können nicht mehr und nichts anderes verlangen, als dieser sich hat versprechen lassen. Damit ist aber die Anwendung des § 12 des Vertrages auf die dritten Versicherten und deren Streitigkeiten mit der Gesellschaft nicht unvereinbar; auch für sie hat S., wie sich jedenfalls ohne Rechtsirrtum sagen läßt, die Zuständigkeitsabrede getroffen."

362. Wirkung der Erfüllung einer Forderung durch einen Gesamtschuldner im Verhältnis zu dem Gläubiger, der eine Forderung abgetreten und darüber eine Urkunde ausgestellt hat, wenn der neue Gläubiger die Urkunde dem jetzt verklagten — anderen — Schuldner vorgelegt hat (BGB. §§ 409, 442). Urt. vom 16. März 08, VI 234/07.

„Dem Einwand der Beklagten gegenüber, daß die Klägerin vor der Klagerhebung ihre Forderung an W. L. abgetreten habe, daher zu deren Geltendmachung auch nur zum Teil nicht berechtigt sei, hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Klägerin ihre Forderung nicht in vollem Umfang an L. abgetreten, vielmehr einen Betrag von 30000 ℳ von der Abtretung ausgenommen und insbesondere auch sich ihren Anspruch gegen die Beklagte vorbehalten hat. Hieraus zieht es die an sich zutreffende Folgerung, daß L. zur Verfügung über die Forderung wegen eines Betrages von 30000 ℳ nicht berechtigt war, daß daher die Rechte der Klägerin durch ein Abkommen zwischen L. und J., das des letzteren Schuld in vollem Umfang zum Erlöschen bringen solle, nicht haben beeinträchtigt werden können. Dabei übersieht es jedoch, daß inhalts der über das Zessionsgeschäft aufgenommenen notariellen Urkunden vom 7. Mai 1906 die der Klägerin gegen J. zustehende Judikatforderung von 154297 ℳ 75 ₰ s. Anh. in vollem Umfange an L. abgetreten worden ist und daß die Klägerin nach BGB. § 409 dem Schuldner J. gegenüber die Abtretung auch in diesem Umfang gegen sich gelten lassen muß, wenn der Zessionar dem J. die Urkunde vorgelegt hat. Sollte daher ein Abkommen jenes Inhalts zwischen diesen beiden getroffen worden sein, so würde dadurch unter der obenerwähnten Voraussetzung die Judikatforderung in vollem Umfang, also auch hinsichtlich des nach der Feststellung des Berufungsgerichts von der Abtretung ausgenommenen Betrags erloschen und diese Wirkung nicht nur im Verhältnis zwischen der Klägerin und J., sondern auch im Verhältnis zwischen

der Klägerin und der Beklagten gemäß BGB. § 422 eingetreten sein. Hieran würde auch durch die von der Klägerin überreichte Erklärung des Zessionars L. vom 1. November 1906 schon deswegen nichts geändert worden sein, weil sie erst nach dem von der Beklagten behaupteten Abkommen zwischen L. und J. abgegeben worden ist. Aus diesem Grunde muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Es wird insbesondere noch zu erörtern sein, welches Abkommen zwischen L. und J. getroffen worden ist, ob eine Erfüllung der Judikatforderung oder einer der ihr in BGB. § 422 gleichgestellten, den Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber befreienden Akte vorliegt. Das Berufungsgericht hat nach dieser Richtung keine Feststellung getroffen. Zwar führt es aus, daß, falls bei der Zession nicht ausgemacht worden sein sollte, daß die 30000 ℳ nicht mit übergehen sollten, durch die Abmachung zwischen L. und J., nach der jenem in Höhe der Judikatforderung Baumbestände verkauft worden, die ganze Judikatforderung jedenfalls getilgt sein würde — eine Auffassung, die übrigens, soweit nicht eine Leistung an Erfüllungs Statt oder eine Aufrechnungserklärung seitens eines der Vertragschließenden vorliegen sollte, rechtsirrig ist —, schließlich hat es jedoch dahingestellt gelassen, welches Abkommen zwischen L. und J. getroffen worden ist."

363. Können Bürgschaft für eine Schuld und befreiende Übernahme dieser Schuld gleichzeitig erfolgen? Ist in der Übernahme der Garantie für Hypothekenzinsen und in der Verpflichtung, bei einer Zwangsversteigerung die Hypothek auszubieten, eine Bürgschaft oder befreiende Schuldübernahme zu finden? (BGB. §§ 414, 774). Urt. vom 21. März 08, V 395/07.

Auf dem Grundstücke T.s war für die Beklagte zu 1, Frau K., eine verzinsliche Hypothek eingetragen. Die Klägerin, Firma A. und S., schrieb ihr am 1. April 1903:

„Bezugnehmend auf unsere mündliche Verabredung bestätigen wir Ihnen hierdurch, daß wir für die pünktliche Zinszahlung der von Ihnen heute erworbenen Hypothek von 45000 ℳ . . . volle Garantie übernehmen und verpflichten wir uns ferner, bei einer eventuellen Subhastation obengenannten Grundstücks Ihre Hypothek an Kapital und Zinsen vollständig herauszubieten."

Über T.s Nachlaß wurde 1904 Konkurs eröffnet, wozu die Beklagte obige Forderung anmeldete. Nach eingeleiteter Zwangsversteigerung des Grundstücks vereinbarten die Streitteile durch Urkunde vom 12. April 1905 folgendes:

„Sie vereinbaren für den Fall, daß die Firma A. und S. oder eine von dieser Firma benannte Person das Grundstück erwerben sollte, daß Frau K. die bezeichnete Hypothek von 45000 ℳ unter den bisher eingetragenen Bedingungen für den betr. Erwerber stehen läßt, und zwar unter weiterer Garantie der Firma A. und S."

Die Parteien sind darüber einig, daß zur Kostenersparung neben diesem schriftlichen Vertrage vom 12. April 1905 eine abweichende Abrede getroffen wurde, wonach die Hypothek nicht bestehen bleiben, vielmehr die Klägerin, falls sie das Grundstück erwürbe, unter weiterer Garantie eine neue Hypothek für die Beklagte zu 1 eintragen lassen sollte.

Die Klägerin zahlte Hypothekzinsenrückstände an die Mitbeklagte, erwarb das Grundstück in der Zwangsversteigerung und ließ die dabei ausgefallene Hypothek für die Beklagte zu 1 neu eintragen. Sie verkaufte das Grundstück und garantierte der Erstbeklagten für Kapital und Zinsen.

Nach dem Ausfall der Hypothek wurde im T.schen Nachlaßkonkurse die Forderung der Erstbeklagten in voller Höhe zu 45000 ℳ endgültig festgestellt und es wurde ein Teilbetrag darauf ausgezahlt, den der damalige gemeinschaftliche Anwalt der Streitteile aber nicht der Beklagten zu 1, sondern der Klägerin aushändigte. Nach Widerruf der dem Anwalt erteilten Vollmacht

durch die Beklagte zu 1 will der Konkursverwalter weitere Teilbeträge nur noch an die Beklagte zu 1 zahlen.

Der Klagantrag geht auf Verurteilung der Beklagten anzuerkennen, daß ihre Konkursforderung kraft Gesetzes zufolge Novation und Befriedigung der Bürgschaftsgläubigerin auf sie übergegangen sei. Im zweiten Rechtszug ist auch rechtlose Bereicherung und vertragsmäßige Verpflichtung der Erstbeklagten geltend gemacht.

Die Klage ist in I. Instanz abgewiesen, in II. Instanz ist aber dem Klagantrag entsprochen, auf Revision ist das Urteil der I. Instanz wiederhergestellt worden.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht findet zwar nicht in der ersten Urkunde vom 1. April 1903, wohl aber in der zweiten Urkunde vom 12. April 1905 im Zusammenhalt mit den dazu getroffenen mündlichen Abreden eine Bürgschaftsleistung der Klägerin für die ganze, ursprünglich von T. geschuldete Hypothekforderung. Es fährt dann fort:

‚Nach der mündlichen Abänderung des Vertrages sollte aber, wie erwähnt, die Hypothek nicht stehen bleiben, sondern ausfallen und neu eingetragen werden. Diese Verpflichtung und ihre — unstreitige — Erfüllung sollte nach dem Willen der Parteien als Befriedigung wegen der alten, durch Hypothek gesicherten Forderung gelten, da diese durch eine in jeder Beziehung gleichwertige Forderung ersetzt war, zumal die Parteien darüber einig sind, daß die Hypothek und ebenso die Zahlungsfähigkeit der Klägerin völlig sicher sind. Hiernach hätte sich also die letztere für die Erfüllung der ganzen Hypothekforderung verbürgt und sodann die beklagte Gläubigerin durch Bestellung der neuen Hypothek befriedigt. Der Hauptklageanspruch ist deshalb nach BGB. § 774 berechtigt, ohne daß die übrigen Angaben der Parteien geprüft zu werden brauchen.‘

Mit Recht rügt die Revision, daß durch diese Entscheidung BGB. §§ 414, 774 verletzt sind. Der Vorderrichter hat dabei die Rechtsbegriffe der Bürgschaft und der Befriedigung des Gläubigers verkannt. Darüber, daß das klägerische Schreiben vom 1. April 1903 höchstens eine Bürgschaft für die Zinsen, aber keine solche für das Kapital enthält, sind beide Vorderrichter einig. Hieran ändert auch die Urkunde vom 12. April 1905 nichts Wesentliches, unter der darin versprochenen ‚weiteren Garantie‘ kann zunächst nichts anderes als die Fortdauer der im Schreiben vom 1. April 1903 versprochenen Haftung für pünktliche Zinszahlung verstanden werden. Soweit sich diese Haftung aber auf die Hauptschuld selbst erstreckt haben sollte, war nur die künftige Schuld der Klägerin oder der von ihr benannten Person gemeint. In der Urkunde vom 12. April 1905 ist daher keinesfalls, was nach §§ 774, 765 notwendig wäre, eine Verbürgung für die der Beklagten zu 1 gegen T. zustehende Hauptforderung zu finden. Es ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern diese Urkunde durch die festgestellte mündliche Abrede der Streitteile über Nichtstehenbleiben der Hypothek sondern Eintragung einer neuen Hypothek unter weiterer Garantie der Klägerin so abgeändert und ergänzt worden sein soll, daß sie nunmehr eine Bürgschaft für T.s Kapitalschuld bildete. Die dabei bedungene ‚weitere Haftung‘ blieb die nämliche wie zuvor, nämlich eine solche entweder nur für Zinszahlung oder doch nur für künftige Schulden anderer Personen als des T.

Es fehlt aber auch an einwandfreien Feststellungen darüber, daß Klägerin die Erstbeklagte wegen ihrer Forderung gegen T. befriedigt hat. Der Berufungsrichter übersieht dabei, daß die Streitteile zuletzt ein Stehenbleiben der Hypothek i. S. des ZVG. § 91 Abs. 2 und eine etwa dadurch eintretende Schuldbefreiung des T. nicht mehr gewollt haben. Fiel aber die Hypothek infolge des Zuschlages und des ungenügenden Versteigerungserlöses ohne Bezahlung der ihr zugrunde liegenden Forderung nach ZVG. §§ 91 Abs. 1, 105 ff. aus, so blieb die persönliche Schuld T.s unzweifelhaft an sich fortbestehen.

Nun kann allerdings gemäß BGB. § 414 eine Schuld von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, der letztere also von der Schuld befreit wird, und der Vorderrichter stellt eine solche (privative) Schuldübernahme zum Schlusse freilich nur in der unbestimmten und scheinbar bedingten Ausdrucksweise fest: ‚Hiernach hätte sich also die letztere (die Klägerin) für Erfüllung der ganzen Hypothekenforderung verbürgt und sodann die beklagte Gläubigerin durch Bestellung der neuen Hypothek befriedigt.' Will man aber auch auf die bedingte Fassung dieses Satzes kein Gewicht legen, so schließen sich doch gleichzeitige Bürgschaft und befreiende (privative) Schuldübernahme erstens überhaupt aus und zweitens liegt in der Übernahme einer Schuld an sich noch keine Befriedigung des Gläubigers, endlich fehlt es an jeder Feststellung der besonderen Umstände und Vereinbarungen, die zur Annahme einer befreienden Schuldübernahme überhaupt und insbesondere mit der Wirkung einer Befriedigung des Gläubigers gehören (vgl. RGZ. 59, 232).

Sonach kann aus den vom Kammergericht getroffenen Feststellungen höchstenfalls eine neben den ursprünglichen Schuldner einen zweiten Schuldner setzende (sog. kumulative) Schuldübernahme entnommen werden, die nicht immer eine Bürgschaft darstellt — vgl. RGZ. 64, 318; 51, 120; JW. 07, 513/14 —, keinesfalls aber als Befriedigung des Gläubigers wirkte.

Weitere Tatumstände, aus denen etwa auf eine nachträgliche befreiende Schuldübernahme der Klägerin mit Sicherheit geschlossen werden könnte, liegen weder vor noch sind solche unter Beweis gestellt. Im Gegenteil wurde die Ausfallsforderung zu 45000 ℳ — wahrscheinlich vom gemeinschaftlichen Anwalt der Parteien — für die Erstbeklagte ohne klägerischen Widerspruch zum T.schen Nachlaßkonkurs angemeldet und dadurch die Meinung zu erkennen gegeben, daß BGB. § 774 keine Anwendung finde und daß die Forderung der Frau K. gegen T. keineswegs erloschen sei. War sie das aber weder durch Tilgung aus dem Grundstückswert, noch infolge befreiender Schuldübernahme der Klägerin, so stand und steht sie der Beklagten zu 1 noch zu und wird diese durch die Auszahlung der darauf treffenden Konkursdividende, die übrigens zum größten Teil die Klägerin schon vereinnahmt hat, nicht rechtlos, jedenfalls nicht auf Kosten der Klägerin, bereichert. Auch eine besondere vertragsmäßige Verpflichtung der Beklagten zu 1, ihre Geldempfänge aus dem Konkurs an die Klägerin herauszuzahlen, geht aus dem Tatbestand nicht hervor."

364. Bedeutung der Gewährleistung für einen gewissen Zustand (BGB. §§ 459, 434, 435). Urt. vom 28. März 08, V 299/07.

„Für gewöhnlich ersetzt die Gewähr für einen gewissen Zustand, d. h. das Versprechen, für sein Vorhandensein vertragsmäßig zu haften, diesen Zustand selbst. Der Gewährempfänger begnügt sich in den meisten Fällen mit dieser Gewähr; durch sie, nicht durch die Überzeugung, daß augenblicklich schon der Zustand vorhanden ist, wird er zur Eingehung des Vertrags bewogen und der Gewährleistende, der den versprochenen Zustand herstellen will und kann, denkt nicht daran, eine arglistige Handlung zu begehen, wenn er verschweigt, daß jener Zustand augenblicklich noch nicht gegeben ist. Dies gilt insbesondere auch bei Verträgen über Grundstücke, deren Hypothekverhältnisse ohnedies gewöhnlich erst zur entscheidenden Zeit der Auflassung, nicht schon zuvor geordnet zu sein brauchen (vgl. BGB. §§ 459, 434, 435). Vorausgesetzt ist allerdings hierbei, daß der Gewährleistende, wie schon angedeutet, den versprochenen Zustand herstellen kann, weniger kommt es auf seinen Willen an, denn wenn er zahlungsfähig ist, kann auf jeden Fall so oder anders seine Gewährleistung verwirklicht werden. Die Gewährleistung hat somit grundsätzlich nur rechtlichen Inhalt, sie kann aber allerdings auch in Ausnahmsfällen die Bedeutung der Versicherung eines jetzt schon bestehenden tatsächlichen Zustands im Bewußtsein beider Vertragsteile haben. Dies wird namentlich dann der Fall

sein, wenn wegen besonderer Wichtigkeit des augenblicklich bestehenden Zustandes, wegen Schwierigkeit, ihn, wenn er fehlt, herzustellen, besonders auch wegen geringer Zahlungsfähigkeit des Gewährleistenden oder wegen Prozeßgefahr usw. der Gewährempfänger den jetzigen Zustand gewiß wissen will und muß und der Gewährleistende dies weiß. Solche besondere Eigenschaft der Gewährleistung muß aber der sich darauf Berufende beweisen."

365. Erheblichkeit oder Unerheblichkeit eines Fehlers. Berücksichtigung des Umstandes, daß er nicht ohne Zuziehung eines Sachverständigen zu ermitteln und zu beseitigen ist (BGB. § 459 Abs. 1). Urt. vom 13. März 08, II 504/07.

„Das Oberlandesgericht hat auf Grund der stattgefundenen Beweisaufnahme festgestellt, das Boot habe zur Zeit des Gefahrüberganges auf den Kläger insofern eine fehlerhafte Anlage gehabt und habe sie noch, als das Kurbelgehäuse des Motors nicht durch Zwischenwände in mehrere Abteilungen geteilt sei, wodurch das zum Schmieren der Zylinder dienende Öl nach hinten laufe und die dort angebrachten Zylinder von Öl überschwemmt würden, während die vorderen Zylinder bald trocken gingen, infolgedessen die Zündung des Motors häufig versage, die Plauellager und Hauptkurbelwellenlager sich schnell ausschlügen und ein normaler, betriebssicherer Gang des Motors ausgeschlossen sei; es hat hierin einen erheblichen, die Tauglichkeit des Bootes zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche, nämlich zur betriebssicheren Fahrt ausschließenden Mangel erblickt, der die Wandlungsklage rechtfertige. Den Einwand der Beklagten, es handle sich bei diesem Fehler nur um eine unerhebliche Minderung des Wertes und der Tauglichkeit, da er nach dem Gutachten des Sachverständigen W. verhältnismäßig leicht und, wie sie behauptet, mit einem geringen Kostenaufwand von 50—60 ℳ beseitigt werden könne, hat das Oberlandesgericht mit der Begründung zurückgewiesen, daß, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Fehler als solcher durch sein Bestehen den Gebrauch der Sache erheblich beeinträchtige, es nicht auf die Erheblichkeit der zur Beseitigung des Fehlers erforderlichen Reparatur ankomme. Wenn nun auch die Richtigkeit dieses Satzes, so durchgreifend aufgestellt, nicht anzuerkennen ist — der erkennende Senat hat bereits in seiner Entsch. II 368/06 ausgesprochen, eine Anwendung des Schlußsatzes des § 459 Abs. 1 BGB. sei nicht unter allen Umständen ausgeschlossen, wenn durch den Mangel die Gebrauchsfähigkeit objektiv erheblich gemindert sei, vielmehr könne im einzelnen Falle berücksichtigt werden, ob der Fehler leicht erkennbar und mit unerheblichem Aufwande beseitigt werden könne —, so ist doch dem Ergebnisse des Berufungsgerichts aus der Erwägung beizutreten, daß der fragliche Fehler nicht leicht erkennbar war, sondern es erst der Zuziehung eines Sachverständigen bedurfte, um ihn zu ermitteln und die Art und Weise anzugeben, wie er beseitigt und das Boot in einen gebrauchsfähigen Zustand gesetzt werden kann."

366. Ist die Bezeichnung des Zeitpunktes der Rückzahlung wesentlicher Bestandteil der Kündigung eines Darlehns? (BGB. § 609). Urt. vom 12. März 08, VI 468/07.

„Unstreitig ist, daß der Beklagte als Geschäftsführer der Gesellschaft ‚Einigkeit' von der Klägerin ein verzinsliches Darlehn von 5000 ℳ entgegengenommen und dann bei Auflösung der Gesellschaft sowohl dieser, als auch der Klägerin gegenüber diese Darlehnsschuld übernommen hat. Er haftet also nach BGB. §§ 414, 415 zweifellos dafür, und der Streit der Parteien dreht sich nur darum, ob die Klägerin das Darlehn rechtzeitig gekündigt hat und der Anspruch daher schon fällig ist.

Es war hier vertragsmäßig eine vierteljährige Kündigungsfrist festgesetzt, und das Berufungsgericht hat diese deswegen als eingehalten angesehen, weil der Rechtsanwalt S. zu H. am 20. September 1906 im Auftrag und im Namen

der Klägerin brieflich vom Beklagten Zahlung der Darlehnssumme nebst rückständigen Zinsen bis zum 25. September 1906 verlangt hat und weil die Klage dann erst am 19. Januar 1907 erhoben worden ist. Wenn der Beklagte demgegenüber sich auf die Definition der Kündigung berufen hat, die früher einmal auf dem Boden des gemeinen Rechts vom 3. ZS. des RG. aufgestellt worden ist (RGZ. 26, 191), so muß zugegeben werden, daß diese, solange man sich an ihren Wortlaut hält, der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts im Wege stehen würde. Dem Wortlaute nach ist dort nämlich die Bezeichnung des bestimmten zeitlichen Endpunktes für einen wesentlichen Bestandteil der Kündigung erklärt; da nun aber hier als letzter Zeitpunkt der verlangten Rückzahlung nur der 25. September 1906 genannt war, zu welchem eine am 20. September 1906 ausgesprochene Kündigung noch nicht wirken konnte, so würde eine anderweitige Kündigung in dem fraglichen Schreiben nach jener Definition keinesfalls gefunden werden können. Es kann nun aber die Definition des 3. ZS. in diesem Punkte nicht für glücklich gefaßt gelten; sie wird deswegen auch mißbilligt von Thiele im ArchCivPrax. 89, 86, womit der Sache nach auch übereinstimmt Planck, BGB. (3. Aufl.) Bem. 2 d zu § 564, S. 489; vermutlich hat auch der 3. ZS. selbst, bei dessen damaliger Entscheidung es auf diesen Punkt gar nicht weiter ankam, demselben kein großes Gewicht beigelegt und daher mehr zufällig eine Rechtsfolge der Willenserklärung in die Angabe des Inhaltes derselben mit aufgenommen. Wie dem übrigens auch sei: keinesfalls könnte anerkannt werden, daß nach dem Rechte des BGB., das allein für diese Sache maßgebend ist, irgend ein Grund vorläge, die Benennung eines bestimmten Termins für einen wesentlichen Bestandteil jeder Kündigung zu halten. So ist dieser Gegengrund gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts beseitigt.

Damit ist nun freilich noch nicht gesagt, daß die Auffassung des Schreibens vom 20. September 1906 als eine Kündigung des Darlehns rechtlich durchaus unbedenklich ist. Der erkennende Senat läßt diese Frage unentschieden, weil das angefochtene Urteil doch jedenfalls aus einem andern Grunde gemäß ZPO. § 563 aufrechterhalten werden müßte. In der etwa vorzeitig angestellten Klage würde nämlich zugleich eine Kündigung liegen, und die vom 19. Januar 1907 ab zu berechnende Vierteljahrsfrist würde an dem Tage, an welchem das Berufungsurteil erging, am 5. Juli 1907, längst abgelaufen gewesen sein. Daß eine verfrühte Klage bei kündbaren Rechtsverhältnissen zugleich als Kündigung wirke, ist nach den früheren Rechten, insbesondere nach dem Preußischen Landrechte, aber auch nach anderen Rechten, vom Reichsgericht öfters ausgesprochen worden (vgl. RGZ. 17, 149 ff.). Warum dies nach dem Rechte des BGB. anders sein sollte, wäre nicht abzusehen; auch hat der 5. ZS. des RG. schon wiederholt die Ansicht zu erkennen gegeben, daß nach diesem Rechte das gleiche gelte; vgl. RGZ. 53, 213 und SeuffA. 59 Nr. 55. Auch sonst ist diese Meinung die vorherrschende; vgl. Planck a. a. O., Bem. 2 b zu § 564, S. 488 ff.; Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. 2 Abt. 1 (3. Aufl.), § 55, II, S. 129; Thiele a. a. O. S. 145. Der erkennende Senat schließt sich ihr an. Andererseits steht es in der Rechtsprechung fest, daß es für die Verurteilung zur Zahlung einer Schuld genügt, wenn die letztere nur zur Zeit der Urteilsfällung bereits fällig geworden war."

367. Aufnahme des Reisenden zur Beherbergung verneint, obwohl er hat sein Gepäck ins Hotel bringen lassen (BGB. § 701). Urt. vom 3. März 08, III 297/07.

„Der Berufungsrichter stellt in eingehender Würdigung der erhobenen Umstände fest: Der Reisende D. hatte bei seiner Geschäftsreise nach R. im Februar 1904 nicht von Anfang an die Absicht, dort zu übernachten; er ließ seine drei Koffer in das Hotel des Beklagten schaffen, weil er bei dem Besuche seiner Kunden seiner Muster bedurfte; und zwar hatte er bei seiner Ankunft auf dem Bahnhofe dem dort anwesenden Hoteldiener des Beklagten unter Übergabe

seiner Handtasche und eines Gepäckscheines nur gesagt, er möge die auf den Gepäckschein zu erhebenden drei Koffer und die Handtasche mit in das Hotel nehmen; um 3¼ Uhr nachmittags, als D. ein Notizbuch aus seiner Handtasche entnahm, antwortete er auf die Frage des Oberkellners, ob er ein Zimmer nehme, ‚jedenfalls, ich sage es Ihnen nachher noch bestimmt'; er verließ schließlich das Hotel, ohne zu übernachten oder sonst von einem Zimmer Gebrauch gemacht zu haben. Aus diesen Tatsachen ist allerdings, wie der Berufungsrichter zutreffend ausführt, eine Aufnahme des D. zur Beherbergung nicht zu entnehmen. Nach den Umständen nämlich kam eine Beherbergung des D. in Frage nur in der Form, daß ihm ein Zimmer eingeräumt wurde. Wollte D. dies nicht, so wollte er das Hotel des Beklagten nur als Wirtshaus benutzen. Vor dem zwischen 3¼ und 5½ Uhr ausgeführten, um 5½ Uhr entdeckten Diebstahl der Handtasche, nämlich eben um 3¼ Uhr, fragte der Oberkellner den D. denn auch gerade, ob er ein Zimmer nehme. Dieser aber antwortete: ‚jedenfalls, ich sage es Ihnen nachher noch bestimmt'. Damit hat D. eine Erklärung darüber, ob er beherbergt sein wolle, ausdrücklich auf später verschoben und nur als wahrscheinlich bezeichnet, daß er Herberge verlangen werde. Bis auf weiteres war also Beherbergung noch nicht gefordert und noch nicht gewährt. Ob, in welchen Fällen und warum eine nur allgemeine, auf ein bestimmtes Zimmer, auf eine bestimmte Art des Heims noch nicht konzentrierte Vereinbarung der Beherbergung schon eine Aufnahme i. S. von BGB. § 701 darstellt, bedarf keiner Erörterung. Denn sogar eine solche allgemeine beiderseitige und beiderseits kundgegebene Beherbergungsabsicht fehlt hier. Beide Teile hatten vielmehr eine Beherbergungsabsicht ausdrücklich noch nicht; sie war auch nicht etwa von seiten des D. unter einer Bedingung erklärt; denn eine Erklärung, möglicher- oder auch wahrscheinlicherweise Herberge nehmen und dies später mitteilen zu wollen, lehnt jede Entschließung, auch unter einer Bedingung, für jetzt gerade ab. D. war demnach zur Zeit des Diebstahls kein zur Beherbergung aufgenommener Gast; seine Gepäckstücke waren zu dieser Zeit nicht zum Zwecke der Beherbergung eingebracht. Mit Recht hat also der Berufungsrichter eine Haftung des Beklagten aus BGB. § 701 verneint."

368. Ist derjenige, der die Besorgung von Losen für die Mitspieler übernimmt, verpflichtet, den Preis für sie auszulegen? (BGB. §§ 713, 669). Urt. vom 27. März 08, II 598/07.

„Das Berufungsgericht irrt nun aber und verletzt BGB. §§ 713, 669, wenn es annimmt, daß mit der Übernahme der Verpflichtung, die Lose zu bestellen, ohne weiteres auch die mit Rücksicht auf die Vermögenslage der Parteien und nach den Umständen des Falles keineswegs unerhebliche weitere Verpflichtung übernommen sei, den auf die Kläger fallenden Anteil an den Kosten der Lose vorzuschießen und damit die Gefahr des Verlustes zu übernehmen. Nach BGB. §§ 713, 669 war dem Beklagten für die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Aufwendungen auf Verlangen Vorschuß von den Auftraggebern zu leisten. Da nach der eigenen Behauptung der Kläger die Zahlung der Beiträge noch am Abende des 2. November nach der Löhnung erfolgen sollte und nur wegen unterbliebener Löhnung nicht erfolgt ist, so war es eine Bedingung des Gesellschaftsvertrages, daß die Kläger ihrerseits Vorschuß leisten sollten. Wenn sie behaupten, daß nachträglich Beklagter die Vorschußpflicht übernommen habe, so sind sie für diese Behauptung beweispflichtig.

Auf die Feststellung der streitigen und vom Berufungsgerichte nicht festgestellten Tatsache, ob Beklagter die Vorschußpflicht übernommen hat oder nicht, kommt es aber an. Denn wenn Beklagter die Vorschußpflicht nicht übernommen hätte, dann hätten die Kläger ihre Verpflichtung zur Vorleistung nicht erfüllt, von deren Erfüllung die Verpflichtung des Beklagten zur weiteren Ausführung des Auftrages durch Einlösung der Lose abhängig war.

Von einer Vertragsverletzung des Beklagten und einem hierauf gegründeten Schadensersatzanspruche der Kläger könnte dann keine Rede sein. Hätte dagegen der Beklagte die Verpflichtung zum Vorschusse für die Kläger übernommen, so handelte er vertragswidrig, als er die Lose anstatt für die Spielgesellschaft vom 2. November für die vom 5. November einlöste. In diesem Falle wäre er den Klägern für den ihnen durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens verantwortlich.

Für die Frage, ob und bis zu welchem Zeitpunkte Beklagter vorschußpflichtig war, hatte übrigens auch die von diesem zum Beweise durch Zeugen S. und Sachverständige verstellte Behauptung Bedeutung, daß nach der Verkehrssitte derjenige, der nicht spätestens am Tage vor der Ziehung zahle, als verzichtend gelte. Auch die Nichterhebung dieser Beweise gereicht dem Beklagten zur Beschwerde."

369. Form der Verbürgung für ein Gebot im Zwangsversteigerungsverfahren (BGB. §§ 765, 766; ZVG. §§ 67 ff.; EGZVG. § 10 Nr. 2). Urt. vom 26. März 08, VI 287/07.

„Wie in dem Urt. des 6. ZS. des RG. vom 17. Mai 00 (RGZ. 48, 183 ff.) dargelegt ist, sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die in einem durch die Prozeßgesetze geregelten Verfahren in den für dieses bestimmten Formen abgegeben werden, regelmäßig auch dann rechtswirksam, wenn es für sie, sofern sie außerhalb jenes Verfahrens abgegeben würden, einer anderen Form, insbesondere der Schriftform i. S. von BGB. § 126 Abs. 2 oder der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 126 Abs. 3) bedürfte. Dies gilt auch für Erklärungen eines an dem Verfahren zunächst nicht beteiligten Dritten, dafern sie in diesem Verfahren erfolgen und mit ihm dergestalt zusammenhängen, daß sie einen zu diesem Verfahren gehörenden Akt darstellen. Alle diese Voraussetzungen treffen, wie von der Revision auch an sich nicht bezweifelt worden ist, hier zu. Der Baumeister K. mußte gemäß Art. 55 der angezogenen Subhastationsordnung, nachdem von dem jetzigen Kläger ein entsprechender Antrag gestellt worden war, für die Erfüllung der durch das Höchstgebot zu übernehmenden Verpflichtungen Sicherheit leisten, um den Zuschlag zu erlangen; diese Sicherheit konnte auch durch Stellung von Bürgen erfolgen und K. hat, hiervon Gebrauch machend, die Beklagten als Bürgen gestellt und diese haben sofort in dem Versteigerungstermine die erforderliche Bürgschaftserklärung abgegeben, diese ist auch von allen in dem Termin anwesenden bzw. vertretenen Hypothekengläubigern als genügend anerkannt worden; infolgedessen hat der Versteigerungsbeamte das Höchstgebot K.s als zulässig erklärt und den Zuschlag erteilt.

Die Bürgschaftserklärung der Beklagten war somit, da durch sie eine dem Ersteher nach dem für das Versteigerungsverfahren maßgebenden Prozeßgesetze obliegende prozessuale Sicherheit geleistet wurde, ein Akt, dessen es für den die Versteigerung abschließenden Zuschlag bedurfte. Es kann, wie schon die Vorinstanz hervorgehoben hat, zweifelhaft sein, ob in einer solchen Bürgschaftsleistung überhaupt ein zwischen dem Bürgen und den bei der Versteigerung beteiligten Gläubigern geschlossener Vertrag i. S. von BGB. § 765 zu finden sei, oder ob nicht in solchem Falle die bürgschaftliche Verpflichtung des Bürgen gegenüber denen, zu deren Gunsten sie gereicht, unmittelbar kraft des Gesetzes durch die Abgabe der Bürgschaftserklärung und ihre Zulassung als Sicherheit begründet wird (vgl. auch die Bemerkungen zu PrAusfG. zu dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung usw. Art. 10 in den Kommentaren von Jäckel, 2. Aufl., S. 662 ff.; von Fischer u. Scharfer S. 621 Anm. 3; von Altmann S. 337), und ob nicht demgemäß die für Verträge i. S. von § 765 bestimmte Formvorschrift des § 766 in Fällen der bezeichneten Art ganz außer Betracht zu bleiben hat. Es kann dies indes unentschieden bleiben, denn auch wenn anzunehmen wäre, daß es sich dabei um einen Bürgschaftsvertrag zwischen den Gläubigern und dem Bürgen handele, würde nach dem oben Dargelegten

die in § 766 geforderte Schriftform durch die Beobachtung derjenigen Formen ersetzt werden, welche durch das die Zwangsversteigerung regelnde Prozeßgesetz vorgeschrieben sind (vgl. RGZ. 64, 83 ff.). Selbstverständlich ist es insoweit ohne Bedeutung, ob das Zwangsversteigerungsverfahren unmittelbar durch ein Reichsgesetz oder durch ein reichsgesetzlich aufrechterhaltenes Landesgesetz geregelt ist."

370. **Besteht außer im Falle des BGB. § 776 eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen?** (BGB. § 776). Urt. vom 23. März 08, VI 307/07.

„Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, daß (von der Vorschrift des BGB. § 776 abgesehen) von dem BGB. eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen grundsätzlich nicht angenommen ist (vgl. auch Urt. des erkennenden Senats vom 31. Jan. 07, RGZ. 65, 136 Nr. 38) und er erwägt mit Recht, es könne insoweit, als der Bürge sich selbst zu schützen vermag und dem Gläubiger eine Aufopferung zugunsten des Bürgen zugemutet werden solle, keine Rede davon sein, daß die Unterlassung einer Fürsorge des Gläubigers den Bürgen zu einer Einwendung gegen den Anspruch aus Bürgschaft berechtigen würde. Freilich wäre dem Bürgen eine Einrede oder ein Schadensersatzanspruch immer zu gewähren, wenn der Gläubiger arglistig, etwa durch vorsätzliche Täuschung oder sonst eine dem BGB. § 826 zu unterstellende Handlungsweise den Bürgen an der Wahrnehmung seiner Interessen hindert. Allein ein solches Verhalten des Vertreters der Klägerin liegt nach dem im Berufungsurteil unterstellten Sachverhalt in keiner Weise vor."

371. **Bezieht sich die Kondiktion BGB. § 817 auch auf nichtige Geschäfte? Bedeutung des bloßen Duldens, daß der andere Teil von der Vertragsleistung einen gesetz- oder sittenwidrigen Gebrauch macht, für die Frage nach dem Zweck der Leistung?** (BGB. § 817). Urt. vom 21. März 08, V 393/07.

„Die Wirksamkeit des Kaufvertrages vom 31. Juli 00 war ausdrücklich von der Erteilung der Schankkonzession abhängig gemacht. Nachdem sich der Nichteintritt der Bedingung ergeben hatte, war der Beklagte nach BGB. §§ 812 ff. zur Herausgabe dessen verpflichtet, was er auf Grund dieses Vertrages vom Kläger erlangt hatte und nunmehr ohne rechtlichen Grund besaß. Hierzu gehörten die beiden Zahlungen von 3000 und 7000 ℳ, die der Kläger mit der Klage zurückfordert. Beide Zahlungen sind in Erfüllung des Kaufvertrages geleistet und erst später ist durch Vertrag vom 15. April 01 bestimmt, daß sie zugleich als Sicherheit dienen sollen für etwaige Ansprüche des Klägers aus dem Abkommen vom 21. März 01. Dieser sog. Kastellanvertrag war, da er auf eine Umgehung der Vorschriften in GewO. § 33 und in § 147 Abs. 1 Nr. 1 abzielte, nichtig. Ob von dieser Nichtigkeit ohne weiteres auch das die Bestellung der Sicherheit enthaltende Abkommen vom 15. April 01 betroffen wurde, bedarf nicht der Entscheidung; die Nichtigkeit dieses Abkommens würde höchstens zur Folge gehabt haben, daß es bei dem in Ansehung der 3000 und 7000 ℳ unter den Vertragsteilen bisher bestandenen Rechtsverhältnisse verblieben wäre. Der Versuch, die an sich einwandfrei geleisteten Zahlungen als Sicherungsmittel für Ansprüche aus einem verbotswidrigen Geschäfte zu benutzen, konnte alsdann, als rechtlich überhaupt nicht in Betracht kommend, den Kaufvertrag und die aus seiner vorzeitigen Erfüllung erwachsenen Ansprüche nicht berühren. Eine abweichende Auffassung tritt auch nicht in den vom Berufungsgerichte angezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts hervor. Es kann dahingestellt bleiben, ob die 3000 und 7000 ℳ nach BGB. § 817 ‚zurückgefordert' werden könnten, wenn der Kläger sie zu jenem verbotswidrigen Zwecke als Sicherheit hingegeben hätte. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend nicht, vielmehr nur um nichtige rechtsgeschäftliche Erklärungen, und auch nur um solche obligatorischer Art und nicht

um abstrakte ‚Verbindlichkeiten' i. S. von BGB. § 817 Satz 2. Die hier zugelassene Kondiktion von Verbindlichkeiten bezieht sich — RGZ. 63, 185 — auf nichtige Geschäfte überhaupt nicht. Hiernach erscheint an sich der Klaganspruch in vollem Umfange begründet, und zwar aus BGB. § 812.

Den Ausführungen des Berufungsgerichts kann aber auch nicht in Ansehung der vom Beklagten erhobenen Gegenforderungen beigetreten werden. Der Beklagte hat das Grundstück am 1. Februar 1901 übergeben und er stellt den von da vom Kläger genutzten Mietwert des Hauses gegen den mit der Klage erhobenen Bereicherungsanspruch zur Aufrechnung. Das Berufungsgericht hält den Anspruch für unbegründet, weil der Beklagte, indem er das Grundstück am 1. Februar 1901 übergeben und den Wirtschaftsbetrieb geduldet, somit wegen der Vorschriften im BGB. §§ 134, 817 alle Ansprüche an den Kläger verwirkt habe. Allein der Begriff der Rechtsverwirkung liegt dem § 817 überhaupt nicht zugrunde, und es rechtfertigt auch die Tatsache, daß der eine Teil bloß ‚duldet', daß der andere Teil von der Vertragsleistung einen gesetz- oder sittenwidrigen Gebrauch macht, noch nicht die Annahme, daß der Leistende seinerseits mit der Leistung einen solchen Zweck verbunden hat. Die Ausführungen des Berufungsgerichts können daher die auf den Aufrechnungseinwand des Beklagten getroffene Entscheidung nicht rechtfertigen. Die Räume des Hauses dienten nach dem unstreitigen Tatbestande nicht sämtlich dem Betriebe der Wirtschaft. Einen Teil benutzte der Kläger als Wohnung für sich und seine Familie, ein anderer Teil war vermietet. Darin, daß diese Räume vom Beklagten übergeben und vom Kläger angenommen wurden, lag, da besondere, eine abweichende Beurteilung rechtfertigende Umstände nicht festgestellt sind, ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nicht, und insoweit können daher Bedenken gegen den auf BGB. § 812 gestützten Bereicherungsanspruch nicht erhoben werden. Anders dagegen verhält es sich mit den dem Betriebe der Wirtschaft dienenden Räumen. In diesem Teile der Leistungen, aber auch nur in ihm kann ein Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des BGB. § 817 gefunden werden."

372. **Zulässige Geschwindigkeit eines nachts auf der Landstraße fahrenden Kraftwagens. Pflicht des mitfahrenden Besitzers, langsamere Fahrt anzuordnen, wenn er erkennt, daß zu schnell gefahren wird** (BGB. §§ 823, 831). Urt. vom 27. Febr. 08, VI 304/07.

„Die Revision greift zunächst die Feststellung an, daß der Kraftwagen zu schnell gefahren sei, indem sie geltend macht, es sei nicht ersichtlich, welche Geschwindigkeit der Wagen nach der Ansicht des Berufungsgerichts haben durfte und welche er tatsächlich gehabt hat. Der Angriff ist unbegründet. Die Vorinstanz geht davon aus, ein in dunkler Nacht auf einer Landstraße fahrender Kraftwagen müsse unbedingt auf eine Entfernung von 8 m zum Stehen gebracht werden können, eine Fahrgeschwindigkeit, bei der dies nicht möglich sei, sei unerlaubt. Im vorliegenden Falle sei ein vorsichtiges und dementsprechend langsameres Fahren um deswillen noch besonders geboten gewesen, weil auf der einen Seite der Straße Steinhaufen gelegen hätten, durch die der freie Fahrdamm auf 5½ m eingeengt gewesen sei. Sie stellt fest, daß der vom Kläger gelenkte Wagen zu einer Zeit, wo seine Entfernung von dem Automobil noch mindestens 10 m betrug, von dem Chauffeur U. erkannt und von diesem sofort die Bremsvorrichtung in Tätigkeit gesetzt worden ist, daß aber gleichwohl das Automobil mit großer Wucht auf den voranfahrenden Lastwagen gestoßen ist. Daraus entnimmt das Berufungsgericht die Überzeugung, daß der Kraftwagen, als er sich dem Lastwagen näherte, mit einer das unter den gegebenen Verhältnissen zulässige Maß bei weitem übersteigenden Schnelligkeit gefahren sei. Diese Folgerung stellt eine der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogene tatsächliche Feststellung dar; die Anforderung aber, die das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen für den Verkehr mit Kraftwagen auf öffentlichen Straßen gestellt hat, ist durchaus gerechtfertigt, und zwar ganz

abgesehen von etwaigen polizeilichen Vorschriften, da schon die allgemeine im Verkehr gebotene Sorgfalt eine Beschränkung der Fahrgeschwindigkeit, wie sie von der Vorinstanz gefordert worden ist, im Interesse der Sicherheit des sonstigen Straßenverkehrs gebietet. Von der Revision ist geltend gemacht worden, der Umstand, daß an der Unfallstelle Steinhaufen auf der einen Straßenseite gelegen hätten, dürfe gegen den Beklagten nicht verwertet werden, da nicht festgestellt sei, ob solche Steinhaufen auf einer größeren Strecke der Straße gelegen hätten, also ihr Vorhandensein schon einige Zeit vor dem Zusammenstoß von dem Leiter des Kraftwagens habe wahrgenommen werden können. Das ist, von anderen Bedenken abgesehen, schon deshalb unerheblich, weil der Lenker eines Kraftwagens mit der Möglichkeit, daß an der einen oder anderen Stelle der von ihm zu durchfahrenden Strecke die Fahrbahn durch solche oder ähnliche Hindernisse beengt sein könne, immer rechnen und dementsprechend, zumal bei Nacht, die Fahrgeschwindigkeit beschränken muß.

Kann hiernach die Annahme der Vorinstanz, daß der Kraftwagen des Beklagten mit unerlaubter, gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstoßenden Geschwindigkeit gefahren und dadurch der Unfall verursacht worden sei, nicht beanstandet werden, so kommt nur in Frage, ob der Beklagte dafür verantwortlich zu machen ist. Insoweit ist an der von dem erkennenden Senat schon öfter (vgl. insbesondere JW. 05, 287 Nr. 11; SächsArch. 06, 515) ausgesprochenen Auffassung festzuhalten, wonach der Besitzer eines Automobils oder eines sonstigen Fahrzeugs, wenn er die Leitung einem tüchtigen, auch als umsichtig und zuverlässig erprobten Manne übertragen hat, auch dann nicht verpflichtet ist, diesen zu beaufsichtigen und die Fahrt zu leiten, wenn er selbst das Fahrzeug benutzt, daß er aber, wenn dies der Fall ist und der Leiter des Wagens seiner Botmäßigkeit untersteht, dann eingreifen muß, wenn er wahrnimmt, daß der Leiter unvorsichtig handelt und dadurch das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum anderer Personen gefährdet. Danach würde der Satz, mit dem die Vorinstanz ihre Entscheidung nach der hier in Frage stehenden Richtung begründet hat (S. 22), wenn er dahin zu verstehen wäre, dem Beklagten habe obgelegen, auf die Schnelligkeit, mit der das Automobil fuhr, zu achten und er würde, wenn er dieser Pflicht genügt hätte, erkannt haben, ‚daß aus der schnellen Fahrt für das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum dritter Personen Gefahr entstehen könne', als rechtsirrtümlich beanstandet werden müssen. Die ganze Sachlage rechtfertigt indes die Annahme, daß dies nicht der Sinn jenes Satzes sein soll. Wie zwischen den Parteien unstreitig ist, hatte der Beklagte auf dem Vordersitz des Kraftwagens neben dem Fahrer U. Platz genommen; von dem Dr. P., der an der Fahrt als Gast des Beklagten teilnahm und nach seiner Versicherung deren Verlauf mit Aufmerksamkeit verfolgte, ist bekundet worden, der Beklagte habe auf der Fahrt ‚scharf aufgepaßt', und dieser selbst hat dem in keiner Weise widersprochen. Danach hat, wie angenommen werden muß, die Vorinstanz als unstreitig angesehen, daß der Beklagte den Vorgängen bei der Fahrt seine Aufmerksamkeit gewidmet habe und daraus den Schluß gezogen, daß er die Schnelligkeit des Automobils gekannt habe. Der erwähnte Satz des Berufungsurteils ist deshalb dahin zu verstehen: bei der Art, wie sich der Beklagte bei der Fahrt verhalten habe, habe ihm die Schnelligkeit, mit der gefahren wurde, nicht entgehen können und deshalb sei als dargetan anzusehen, daß er sie auch wirklich erkannt habe. Gegen diese tatsächliche Würdigung ist von der Revision geltend gemacht worden, sie sei unberechtigt, weil, wie allgemein anerkannt sei, die Geschwindigkeit, mit der ein Kraftwagen fahre, von den ihn benutzenden Personen nur, wenn sie besonders fachkundig seien, richtig beurteilt werden könne. Ganz abgesehen indes davon, ob dieser Einwand gegen eine tatsächliche Feststellung in der jetzigen Instanz überhaupt Beachtung finden könnte, ist zu berücksichtigen, daß es hier nicht darauf ankommt, ob der Beklagte die Fahrgeschwindigkeit mit größerer Genauigkeit zu bestimmen vermochte, es handelt sich vielmehr nur darum, ob er erkannte, daß der Wagen nicht mit der durch

die Umstände gebotenen geringen, sondern, wie die Gestaltung des Zusammenstoßes nach der Annahme der Vorinstanz ergeben hat, mit sehr erheblicher Geschwindigkeit fuhr. Wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß der Beklagte dies erkannt habe, so kann dies in der jetzigen Instanz nicht beanstandet werden. Unerheblich ist es endlich auch, wenn die Revision geltend macht, es wäre ganz unzweckmäßig und unstatthaft gewesen, wenn der Beklagte, als der vom Kläger gelenkte Wagen sichtbar geworden war, in die Leitung des Kraftwagens eingegriffen hätte. Darum handelt es sich nicht, das Berufungsgericht findet das Verschulden vielmehr darin, daß der Beklagte nicht überhaupt, also ehe ein Zusammenstoß mit einem andern Fuhrwerk drohte, eine Verlangsamung der Fahrt, wie sie durch die Umstände geboten gewesen sei, angeordnet habe."

373. **Haftung einer Stadtgemeinde für den ordnungsmäßigen Zustand eines Steges, der ihr gehörige Bachufer verbindet, auch wenn sie sein Bestehen und seine Benutzung nur duldet (BGB. §§ 823, 89, 31).** Urt. vom 30. März 08, VI 254/07.

„Aus den Magistratsakten — die Gegenstand der Verhandlung in der Berufungsinstanz gewesen sind — ergibt sich, daß auf mehrere Eingaben von Einwohnern von W. um Errichtung eines Steges über den Krugelbach zur Verbindung der Sch.-Straße mit der M.-Straße zwar der Magistrat sich bis Ende 1902 ablehnend verhalten hat, weil kein Bedürfnis dafür bestehe, daß aber das Kollegium der Gemeindebevollmächtigten schon durch Beschl. vom 1. Mai 03 sich einstimmig dem Antrag auf Errichtung eines Steges angeschlossen und durch Beschl. vom 29. Nov. 04 ebenfalls einstimmig den erneuten Antrag gutgeheißen und die ungesäumte Errichtung eines Steges, dessen Bedürfnis allseitig anerkannt werde, verlangt hat. Wie das Berufungsgericht annimmt, sind weitere Schritte nur deshalb unterblieben, weil man in dem gegenwärtigen Prozeß freie Hand behalten wollte.

Hieraus ist zunächst zu folgern, daß der Beklagten, die nach der ersichtlichen Sachlage Eigentümerin der beiden Bachufer war, die Verfügung über den Bach und seine Ufer an der fraglichen Stelle zustand (vgl. BayWasserG. vom 28. Mai 52 Art. 39). Wenn nun auch der Übergang kein öffentlicher Weg war und wenn er namentlich auch nicht dadurch, daß die Beklagte seit Frühjahr 1904 seine Benutzung geduldet hat, stillschweigend dem gemeinen Gebrauch gewidmet und zum öffentlichen Weg geworden ist (vgl. Kahr, BayGemO. S. 344), wenn also die Ersatzpflicht der Beklagten sich nicht darauf gründet, daß sie die gebotene Sorge für die Sicherung eines öffentlichen Weges versäumt hat: so liegen die Verhältnisse hier doch so eigenartig, daß der erkennende Senat keinen Anlaß findet, der Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch ihr Verhalten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt und dadurch den Unfall des Klägers herbeigeführt, entgegenzutreten. Der Übergang stellte die Verbindung von der Sch.-Straße zur M.-Straße her; er diente einem allseitig anerkannten Verkehrsbedürfnis und wurde fortgesetzt benutzt; das Gemeindekollegium sprach sich wiederholt einmütig für die Errichtung eines festen Steges aus; seit Frühjahr 1904 ließ die Beklagte die Benutzung des Übergangs ungestört zu, so daß, wie das Beispiel des Klägers und der Person, die ihn auf den Steg gewiesen hat, zeigt, der Anschein im Publikum erweckt wurde, als sei nunmehr der Übergang ein gestatteter öffentlicher Weg. Die Beklagte war aber — stellt das Berufungsgericht fest — darüber nicht im Zweifel, daß insbesondere Ortsunkundige den Steg, wenn sie dahin gewiesen wurden, betreten und verunglücken konnten. Unter solchen Umständen durfte die Beklagte, wenn sie ihrer Pflicht, den Verkehr innerhalb der Stadt vor Gefährdung zu schützen, nachkommen wollte, nicht untätig bleiben. Sie mußte entweder einen verkehrsichern Steg über den Bach führen oder den gefährlichen Übergang auf dem lückenhaften Zaun-

stück abstellen. Sie hat aber weder das eine noch das andere getan, sondern bis zum Frühjahr 1904 sich mit den gedachten, vom Berufungsgericht als unzulänglich bezeichneten Maßnahmen begnügt und später sogar den Verkehr trotz der offensichtlich daraus drohenden Gefahren völlig freigegeben. Dagegen ist der Übergang, über den die Beklagte die Verfügungsmacht hatte, weder durch einen Beschluß der Gemeindeverwaltung für unstatthaft erklärt, noch, wie dies bei der Sperre von Wegen zu geschehen pflegt, durch eine ortspolizeiliche Vorschrift unter Strafandrohung verboten worden. Das Berufungsgericht hat, für die Revisionsinstanz bindend, angenommen, daß schon ein solches Verbot nach Beseitigung des Stegs ausreichend gewesen sein würde, um jeden Versuch, den Steg wiederherzustellen, für die Folgezeit hintanzuhalten. Es kommt daher auf die weitere, von der Revision als überspannt gerügte Anforderung des Berufungsgerichts, die Beklagte hätte den Staketenzaun durch einen eisernen oder einen Drahtzaun ersetzen sollen, nicht an."

374. **Aufsichtspflicht des Karussellbesitzers, dessen minderjährige Tochter durch Aufspringen während der Fahrt Schaden verursacht. Vorkehrungen gegen eine Gefährdung der Zuschauer. Dient GewO. § 120a ihrem Schutze?** (BGB. §§ 823, 832; GewO. § 120a). Urt. vom 2. April 08, VI 318/07.

„Das Berufungsgericht ist aus tatsächlichen Gründen, die es der Natur des Gewerbebetriebes des Beklagten entnimmt, der Ansicht, daß es die diesem obliegende Aufsichtspflicht nicht gebot, seiner Tochter das Aufspringen auf das Karussell während der Fahrt zu verbieten; es legt dar, daß der Geschäftsbetrieb einen Verkehr des Karussellbesitzers und seiner Angestellten mit den das Karussell benutzenden Personen während der Fahrt mit sich bringe und daß die zeitweilig im Karussellbetrieb beschäftigte und mit ihm vertraute Tochter des Beklagten eine große körperliche Gewandtheit besessen habe, so daß zu erwarten gewesen sei, daß sie ohne Gefahr für sich und andere auf das fahrende Karussell habe aufspringen können. Es stellt endlich fest, daß der Beklagte seine Tochter wiederholt zur Vorsicht anermahnt hat. Unter diesen Umständen enthält es keinen Rechtsirrtum, wenn es für erwiesen ansieht, daß der Beklagte seiner Aufsichtspflicht genügt hat. Die Rüge der Revision, es liege eine Verletzung des BGB. § 832 vor, ist daher unbegründet.

Dasselbe gilt von der Rüge der Verletzung des BGB. § 823. Das Berufungsgericht legt dar, daß der Beklagte durch Anbringung von Warnungstafeln und Bestellung einer besonderen Aufsichtsperson dafür gesorgt habe, daß sich die Zuschauer in angemessener Entfernung vom Karussell hielten und führt aus, daß er auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht habe in den Kreis seiner Erwägungen ziehen können, eine aufspringende Person werde auf eine erheblichere Entfernung zurückgeschleudert werden und könne die Zuschauer gefährden, daß er insbesondere nicht damit habe rechnen können, daß seine Tochter mit einem Glas Bier in der Hand und dadurch an dem freien Gebrauch dieser Hand behindert aufspringen werde. Damit ist ohne Rechtsirrtum jedes Verschulden des Beklagten verneint.

Die Revision hat noch einen rechtlichen Gesichtspunkt geltend gemacht, der in den Vorinstanzen vom Kläger nicht vorgebracht worden war, und dessen Nichtberücksichtigung durch das Berufungsgericht gerügt: der Beklagte habe, indem er der Gepflogenheit seiner Tochter, auf das in der Fahrt befindliche Karussell aufzuspringen, nicht mit Entschiedenheit entgegengetreten sei, gegen die Vorschrift in GewO. § 120a verstoßen, sich somit nach BGB. § 823 Abs. 2 schadensersatzpflichtig gemacht. Dieser Angriff ist schon deswegen verfehlt, weil jene Gesetzesvorschrift lediglich zum Schutze der Arbeiter gegen Gefahren für Leib und Leben dient, Dritte daher Entschädigungsansprüche gegen den Gewerbeunternehmer nur auf die allgemeinen Grundsätze über Haftung wegen unerlaubter Handlungen stützen können."

375. Verstößt die Veröffentlichung eines gewerblichen Schutzverbandes, daß eine Firma Wirtschaftsvereinigungen Sonderrabatt gewähre, gegen die guten Sitten? (BGB. § 826). Urt. vom 9. März 08, VI 260/07.

Beklagte ist eine Rabattgenossenschaft, zugleich Schutzverband für Handel und Gewerbe.

Aus den Gründen:

„Was die Sache selbst betrifft, so war dem Rechtsmittel der Erfolg zu versagen. Das Landgericht hat selbst — unter Billigung des Berufungsgerichts — dargelegt, daß die Beklagte nicht schon gegen die guten Sitten verstoße, wenn sie veröffentliche, daß die Klägerin gewissen Wirtschaftsvereinigungen einen Sonderrabatt gewähre, sowie daß ein solcher Verstoß selbst dann noch nicht vorliege, wenn die Veröffentlichung mit dem Vorsatz geschehe, Dritte zum Schaden der Klägerin zu bestimmen, nicht bei dieser zu kaufen. Aus diesen zutreffenden Ausführungen ergibt sich ohne weiteres, daß in der beabsichtigten Veröffentlichung kein widerrechtlicher Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut, insbesondere nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt. Die Tatsache, deren Veröffentlichung die Beklagte beabsichtigt, ist unstreitig wahr, und wenn die Beklagte mit ihrem Vorgehen bezweckt, der Klägerin Kunden zu entziehen und diese anderen Geschäften, die einen Sonderrabatt nicht gewähren, zuzuführen, so geht das nicht über das im wirtschaftlichen Interessenkampf erlaubte Maß hinaus. Ein Eingriff in den Geschäftsbetrieb der Klägerin ist damit überhaupt nicht gegeben. Ein Recht auf ihre bisherige Kundschaft hat die Klägerin nicht; es ist jedem gestattet, Kunden zu werben und anderen Konkurrenz zu machen, solange er keine unlauteren Mittel anwendet. Die Interessen der den beklagten Verein bildenden Personen, die der Konkurrenz der Klägerin und anderer, Sonderrabatt gewährender Geschäfte entgegentreten wollen, indem sie das Publikum über die Mittel aufklären, die diese Geschäfte zur Heranziehung von Kunden anwenden, haben den wirtschaftlichen Interessen dieser Geschäfte in keiner Weise nachzustehen. Es ist nicht zutreffend, wenn die Revision in Übereinstimmung mit dem Landgericht in der bloßen Veröffentlichung jener wahren Tatsache die Hinstellung des Geschäftsgebarens der Klägerin als eines ungesunden, unsoliden erblickt; objektiv ist in jener ein solcher Vorwurf nicht enthalten und wenn auch zugegeben werden mag, daß die Veröffentlichung auf den einen oder den anderen Leser einen solchen Eindruck hervorrufen wird, so wird es Sache der Klägerin sein, dieser von ihr doch selbst nicht geteilten Auffassung entgegenzutreten, wie auch andererseits, wenn diese Auffassung des Geschäftsgebarens berechtigt wäre, die Klägerin keinen Anlaß hätte, über jenen Erfolg der Veröffentlichung sich beschwert zu fühlen, sondern darauf bedacht sein müßte, ihre Verträge mit den betreffenden wirtschaftlichen Vereinigungen zu lösen.

Hiernach war die Revision zurückzuweisen."

376. Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch die öffentliche Ankündigung eines Geschäftsinhabers, daß ihm ein anderer durch die Art seiner Geschäftsgebarung Kundschaft entziehe (BGB. § 826). Urt. vom 23. März 08, VI 237/07.

Die Parteien sind Konkurrenten und haben ihre Geschäftslokale in der X.-Straße in Berlin in unmittelbarer Nähe voneinander. Der Beklagte hat seit Monaten, bis in die neueste Zeit, in den gelesensten Berliner Zeitungen folgende gegen das Geschäft des Klägers sich richtende Annoncen erlassen: „Warum darf ein anderes Geschäft an seiner kleinen Trauerabteilung durch die Bezeichnung Trauermagazin ohne Namensanschrift dauernd Täuschungen veranlassen? Der Eingang zu N. N.s (Name des Beklagten) Trauermagazin ist seit 1872 unverändert X.-Straße Nr. . ." Der Kläger hat auf Unterlassung derartiger Ankündigungen geklagt. Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

„Der Kläger bezweckt mit dem von ihm erstrebten Verbot die Abwendung vermögensrechtlicher Nachteile; es handelt sich mithin um eine Rechtsstreitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch. Die Zulässigkeit der Revision ist sonach durch einen den Betrag von 2500 ℳ übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt; dieser bemißt sich nach dem Interesse, das der Beklagte daran hat, daß das gegen ihn von der Vorinstanz erlassene Verbot wieder aufgehoben wird, daß er daher die vom Kläger beanstandete Ankündigung in Zukunft erlassen darf. Mit dieser Ankündigung bezweckt der Beklagte, dem Gebaren des Gegners entgegenzutreten, der seiner Behauptung nach das kauflustige Publikum in den Irrtum versetzt, daß sein Trauermagazin das des Beklagten sei und diesem dadurch Kunden entzieht und sonst Schaden zufügt. Das Berufungsgericht hat den Wert des Streitgegenstandes, d. h. des Interesses, das der Kläger an der Erlassung des Verbots hat, auf 3000 ℳ festgesetzt; es darf als genügend glaubhaft gemacht angesehen werden, daß das Interesse des Beklagten an der Beseitigung des Verbots nicht geringer ist als jenes des Klägers, und daß die von der Vorinstanz getroffene Festsetzung zutreffend ist. Hiernach erweist sich die Revision als zulässig; sie ist auch begründet.

Das Berufungsgericht unterstellt als wahr, was der Beklagte behauptet, daß nämlich die vom Kläger der Trauerabteilung seines Konfektionsgeschäfts gegebene Ausstattung in ihrer Gesamtheit geeignet sei, das Publikum in den Irrtum zu versetzen, als ob es sich dabei um das Trauermagazin des Beklagten handle, daß er dies auch bezweckt habe und auf Kosten des Beklagten sich geschäftlich habe zunutze machen wollen. Es findet in der beanstandeten Ankündigung den Vorwurf einer absichtlichen und bewußten Täuschung des kauflustigen Publikums und in der gewählten Form der Abwehr des Verhaltens des Klägers einen Verstoß gegen die guten Sitten. Der Beklagte hätte dem Kläger auf gerichtlichem Wege entgegentreten sollen. Durch die Ankündigung werde der Kläger in seinem geschäftlichen Interesse geschädigt; der Beklagte sei sich dessen auch bewußt. Damit sei der Tatbestand des BGB. § 826 gegeben.

Diesen Ausführungen kann in wesentlichen Punkten nicht beigetreten werden. Wenn es wahr ist, was der Beklagte behauptet und das Berufungsgericht als wahr unterstellt, daß nämlich der Kläger auf Kosten des Beklagten das Publikum absichtlich und bewußt täuscht, so kann es als gegen die guten Sitten verstoßend nicht angesehen werden, daß der Beklagte diese Tatsache öffentlich bekanntgibt. Die Form dieser Mitteilung an sich enthält keine Beleidigung und die Handlungsweise des Beklagten wird dadurch noch nicht zu einer widerrechtlichen, sittenwidrigen, daß ihm andere Mittel zu Gebote stehen, um dem unlauteren Gebaren des Klägers entgegenzutreten. Auch der Zweck, den der Beklagte mit der Ankündigung verfolgt, verstößt nicht gegen die guten Sitten; es würde der Fall sein, wenn es ihm lediglich darauf ankäme, den Kläger in der öffentlichen Meinung herabzusetzen. Das ist jedoch nicht festgestellt; das Nächstliegende ist auch die Annahme, daß der Beklagte in seinem eigenen Interesse das Publikum vor Täuschungen hat bewahren wollen. Es kommt aber noch folgendes in Betracht.

Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist, daß Wiederholungen der beanstandeten Handlung zu befürchten sind; das Berufungsgericht hat dies auch für den vorliegenden Fall angenommen, und dies ist an sich gerechtfertigt, da die Gefahr der Wiederholung aus dem Inhalt und dem Zweck der Ankündigung sich von selbst ergibt. Der Beklagte hat aber behauptet, daß er das Wort ‚Täuschungen‘, an dem man vielleicht Anstoß nehmen könne, nunmehr durch das Wort ‚Irrtümer‘ ersetzt habe, und es hätte erwogen werden sollen, ob daraus nicht der Schluß zu ziehen sei, daß er die Ankündigung jedenfalls nicht mit dem Wort ‚Täuschungen‘ wiederholen werde. Dann fehlt es aber an jeder Erörterung darüber, ob man bei der Ersetzung dieses Wortes

durch das Wort ‚Irrtümer' noch davon reden kann, daß der Beklagte dem Kläger eine absichtliche und bewußte Täuschung des kauflustigen Publikums zum Vorwurf mache."

377. Verletzung durch ein galoppierendes Pferd, das der Reiter vor einer plötzlich entgegentretenden Menschenmenge nicht zurückreißen kann. Selbständiges willkürliches Tun des Tieres? (BGB. §§ 833, 823). Urt. vom 13. März 08, VII 267/07.

„Bezüglich des Beklagten 2 rügt die Revision Verletzung des BGB. §§ 833 u. 823, gleichfalls mit Unrecht.

Der Berufungsrichter sieht folgenden Sachverhalt als erwiesen an. Das vom Beklagten 2 gerittene Pferd galoppierte nach dem Nehmen des Grabens gleich den übrigen Pferden parallel der Zuschauerreihe nach dem Auslauf zu. Kurz vor dem Auslauf stand ihm plötzlich in der Rennbahn ein Haufen Menschen, der sich eben vorgedrängt hatte, im Weg. Beklagter 2 bemühte sich sofort, sein Pferd zurückzureißen, allein infolge der Schnelligkeit und der Wucht, mit der das Tier dahinstürmte, konnte er es nicht rasch genug zum Stehen bringen oder ablenken. Daß das Pferd nach dem Überspringen des Grabens seitlich gelaufen, und zwar gegen den Willen des Reiters, wie die Revisionsbegründung meint, ist aus dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Bei dem festgestellten Sachverhalt hat der Berufungsrichter mit Recht angenommen, daß Beklagter 2 die Gewalt über sein Pferd nicht verloren hatte, daß das Pferd auch hinsichtlich der Schnelligkeit seiner Bewegung der Leitung des Reiters folgte und daß ein selbständiges, willkürliches Tun des Pferdes auch in dem Moment nicht vorlag, als es vor der plötzlich ihm entgegentretenden Menschenmenge nicht sofort anhielt oder ausbog. Daß das Pferd dem vom Reiter kundgegebenen Willen des Zurückreißens nicht in demselben Moment Folge gab, hatte seinen Grund nicht etwa in einem der Leitung des Reiters widerstrebenden Verhalten des Pferdes, sondern in der auch für ein williges Pferd gegebenen Unmöglichkeit, in einer solch raschen und wuchtigen Bewegung ganz plötzlich abzubrechen.

Hiernach hat der Berufungsrichter mit Recht den § 833 für unanwendbar erklärt."

378. Besitzstörung durch Verbot fernerer Besitzhandlungen (BGB. § 862). Urt. vom 25. Febr. 08, III 323/07.

„Die Revision der Beklagten zu 2 sodann macht geltend, daß eine Besitzstörung im Sinne des BGB. nicht darin liege, daß die Beklagte der Klägerin mit bloßen Worten das Recht abgesprochen habe, das streitige Trennstück in dem von ihr verlangten erweiterten Maße zu benutzen. Diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, daß die Beklagte zu 2 der Klägerin das Legen von Schienen auf dem Teilstücke verboten habe. Es nimmt danach an, daß sie ihr damit weitere Besitzhandlungen untersagt habe. Es findet hierin den Tatbestand der Störung des Besitzes der Klägerin durch verbotene Eigenmacht gemäß BGB. § 862. Ob nun durch bloße Worte oder Drohungen eine Besitzstörung verübt werden kann, hat nach dem Ausspruche der Mot. zum BGB. III, 126 der Entscheidung durch Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen werden sollen. In der früheren gemeinrechtlichen Rechtsübung wurde in solchen Fällen eine Besitzstörung schon dann angenommen, wenn die wörtliche Bestreitung des Besitzes mit einem förmlichen Verbote fernerer Besitzhandlungen oder mit Androhung tätlicher Verhinderung der Besitzausübung verbunden war. Dagegen hielt die preußische Rechtsprechung im allgemeinen bloße Drohungen, die nicht sofort verwirklicht würden, ebensowenig wie bloße Protestationen für ausreichend zur Erfüllung der Besitzstörung (vgl. hierüber Staudinger, 3. u. 4. Aufl., Anm. II 2b zu BGB. § 858, Planck, 3. Aufl., Anm. 2a β zu § 862 und Förster-Eccius, 6. Aufl., Bd. 3 § 162a S. 87, 88 und Anm. 46 dort sowie die dort angezogene Literatur

und Rechtsprechung). Der erkennende Senat hat sich auch für das Recht des BGB. der gemeinrechtlichen Auffassung angeschlossen, weil auch eine bloß seelische Einwirkung auf den Besitzer, wie sie die Bestreitung seines Besitzes, verbunden mit einem förmlichen Verbote fernerer Besitzhandlungen, enthält, eine Beunruhigung des Besitzers in seinem Besitze darstellt und somit durch sie der ruhige Besitz gestört wird. Hiernach ist der Ansicht des Berufungsgerichts beizutreten. Dieses hat dann weiter aus dem Umstande, daß die Beklagte zu 2 unstreitig mit der Absicht umgeht, das Teilstück als Bauplatz für sich zu verwerten oder zu verkaufen, das Bestehen der Besorgnis weiterer Störungen gefolgert und deshalb auch den Anspruch der Klägerin auf Unterlassung fernerer Störungen für gerechtfertigt erachtet. Diese Annahme ist rechtlich nicht zu beanstanden und liegt im übrigen auf dem Gebiete der Würdigung des festgestellten Sachverhältnisses in tatsächlicher Beziehung und ist deshalb insoweit nach ZPO. §§ 549 u. 561 der Revision unzugänglich."

379. Bedeutung der Löschungsvormerkung, die für den Fall der Nichtvalutierung der Hypothek zugestanden ist. Wirkung gegenüber dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek (BGB. §§ 888, 883 Abs. 2, 899, 1138, 1179, 1163 Abs. 1). Urt. vom 26. Febr. 08, V 276/07.

„Die Revision mußte für begründet erachtet werden. Der Berufungsrichter hat die Frage, inwieweit die dem Kläger vorgehende Hypothek des Kaufmanns C. valutiert worden ist und ob der Beklagte von der Nichtvalutierung Kenntnis hatte, dahingestellt gelassen, die Klage gegen M. vielmehr lediglich aus dem Grunde abgewiesen, weil er ein unmittelbares Klagerecht des Klägers gegen M. verneint. Er nimmt an, daß die eingetragene Löschungsvormerkung des BGB. § 1179 auch den Fall im Auge hat, daß die Hypothek C. mangels Zahlung der Valuta als Hypothek überhaupt nicht zur Entstehung gelangte, sondern Eigentümergrundschuld blieb (BGB. § 1163 Abs. 1), er führt aber aus, daß die Vormerkung nur den Schutz gegen Verfügungen des Eigentümers und nicht gegen unberechtigte Verfügungen des Hypothekengläubigers bezwecke und daß deshalb BGB. § 888 im vorliegenden Falle nicht anwendbar sei. Der Kläger könne nur gegen G. klagen, diesem sei im Falle schlechtgläubigen Erwerbs der Beklagte M. nach BGB. § 894 zwar nicht zur Löschung, wohl aber zur Umschreibung in eine Eigentümergrundschuld verpflichtet; der Anspruch, den G. habe, aber sei dem Kläger nicht abgetreten.

Diese Ausführungen sind indessen nicht frei von Rechtsirrtum. Daß eine Löschungsvormerkung, wie die hier in Rede stehende, auch den Fall der Nichtvalutierung der Hypothek (BGB. § 1163 Abs. 1) umfassen kann, ist nicht zweifelhaft und vom Reichsgericht anerkannt (RGZ. 52, 9, vgl. auch Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Anm. 4 zu § 1179, Anm. II 1 zu BGB. § 1177; Planck, Anm. 2 zu § 1179, Anm. 2a zu BGB. § 1177; Staudinger Anm. 1c zu § 1179). Ob sie im einzelnen Falle nach der Absicht der Beteiligten diesen Fall mit umfassen sollte und ob diese Absicht in einer für Dritte erkennbaren Weise zum Ausdruck gekommen ist, ist im wesentlichen Sache der tatsächlichen Würdigung des einzelnen Falles. Geht man aber hiervon aus, so können dem Vormerkungsberechtigten auch nicht die Klagerechte des BGB. § 888 versagt werden. An sich mag es richtig sein, daß der Rechtserwerb des Beklagten, wenn dieser nicht in gutem Glauben war, schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Erwerb von einem Nichtberechtigten und nicht erst infolge der Vormerkung unwirksam war, die Bedeutung der Vormerkung und die Notwendigkeit des Klagerechts des BGB. § 888 tritt aber sofort wieder in die Erscheinung, wenn man den guten Glauben des Beklagten als vorhanden annimmt. Auch in diesem Falle muß der Beklagte die Vormerkung gegen sich gelten lassen. Denn nach BGB. § 883 Abs. 2 hat die Vormerkung allgemein die Wirkung, daß Verfügungen, die den geschützten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, unwirksam sind. Zugunsten von Ver-

fügungen, die ein Nichtberechtigter trifft, ist hier keine Ausnahme gemacht, auch kommt es darauf, ob der Erwerber sich in gutem Glauben befindet, nicht an; die Verwaltung bezweckt eben die Sicherung des Berechtigten gegen die Gefahren des gutgläubigen Erwerbs (vgl. BGB. § 892 und Planck, Anm. II 2a a. E., S. 138 der 3. Aufl.; Staudinger, Anm. III 1, IV 2γ Abs. 2 zu BGB. § 892). Für die hier in Frage stehende Vormerkung des BGB. § 1179 sind im Gesetze Ausnahmen nicht getroffen; ob man solche aus ihrer besonderen Natur oder aus der Natur des Hypothekenrechts herleiten könnte, bedarf keiner Erörterung, weil der Vormerkung des BGB. § 1179, wenn man sie so auffaßt wie es der Berufungsrichter getan hat, zugleich die Bedeutung eines Widerspruchs wegen noch nicht erfolgter Valutierung der Hypothek nach BGB. §§ 899, 1138 zukommt. Auf den Gebrauch des Wortes Widerspruch kommt es nicht an (RGZ. 55, 243), der Widerspruch aber schließt zweifellos die Berufung auf den guten Glauben aus (vgl. Planck, Anm. 5; Turnau-Förster, Anm. 2, 14; Staudinger, Anm. II 1b zu BGB. § 899).

Nicht unzutreffend hat übrigens die Revision noch geltend gemacht, daß, auch wenn man dem Kläger das Klagerecht aus BGB. § 888 versagen wollte, dann noch das Klagerecht des BGB. § 894 übrigbleiben würde, mittels dessen auch gleich- oder nacheingetragene Berechtigte die Beseitigung unrichtiger Eintragungen direkt verlangen können (vgl. Planck, Anm. III b *α* Abs. 2, IV zu § 894, Anm. 5 zu BGB. § 899; Staudinger Anm. III 2a a. E. zu § 894, Anm. II 1a, c zu BGB. § 899).

Das Berufungsurteil unterliegt hiernach der Aufhebung."

380. Gibt es einen privatrechtlichen Anspruch auf Beseitigung des Lärms, der von betrunkenen Arrestanten in einer Polizeiwache ausgeht? BGB. §§ 906, 903, 1004). Urt. vom 25. März 08, V 394/07.

„Die Revision mußte für begründet erachtet werden. Der Berufungsrichter führt in Übereinstimmung mit dem Landgericht aus, der Beklagte sei als Eigentümer des Grundstücks für den Lärm, der davon ausgehe, verantwortlich und deshalb zur Sache legitimiert. Er möge erwägen, ob ihm der Vertrag mit der Stadtgemeinde und die §§ 550, 553 BGB. die nötige Handhabe zur Kündigung des Mietverhältnisses böten, ob er den Vertrag nach BGB. §§ 134, 138 als nichtig behandeln oder ob er ihn durch ein anderweitiges Abkommen ersetzen wolle. Die Klage sei nach BGB. §§ 906, 1004 jedenfalls begründet, denn der Lärm in den Arrestlokalen übersteige, trotz der Unruhe und des nächtlichen Straßenlärms in dem IV. Revier, das Maß des Gemeinüblichen. Es komme dabei einmal die gegen Wirtshaus- und Straßenlärm schutzbietende Tiefanlage des klägerischen Hauses und dann die Ungleichartigkeit des Lärms in Betracht; der Straßenlärm sei mehr vorübergehender, der Lärm in den Arrestzellen andauernder Natur. Durch entgegenstehende öffentliche Interessen könne die Klage nicht beseitigt werden. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Unterbringung der Polizeiwache im Hause des Beklagten angemessen, sogar notwendig, ob sie ausschließlich gerade in diesem Hause möglich und ob irgend welche Vorkehrungen denkbar und ausführbar seien, um ohne Entfernung der Polizeiwache das Verlangen nach Beseitigung des Lärms zu erfüllen, denn in das Privateigentum dürfe in einem Rechtsstaate, solange nicht eine Enteignung (Badische Verfassungsurkunde § 14 Abs. 4; Bad. EnteignG. vom 26. Juni 99 § 1) stattgefunden habe, nicht eingegriffen werden.

Diese Ausführungen werden mit Recht von der Revision als rechtsirrtümlich angegriffen.

Die Revision rügt zunächst in formeller Beziehung, daß der Berufungsrichter den Beklagten zur Beseitigung jeglichen Lärms verurteilt habe, während er anerkennen müsse, daß im IV. Polizeirevier ein erhebliches Maß von Lärm üblich sei. Es hätte daher, so macht die Revision geltend, die Verurteilung event. auf die Beseitigung übermäßigen Lärms beschränkt werden

müssen (JW. 06, 749 Nr. 21). Sodann sei es nach BGB. § 906 zwar unter Umständen zulässig, auf die besonderen Verhältnisse einzelner Ortsteile, wie Fabrik- und Villenviertel (vgl. JW. 04, 175, GruchotsBeitr. 48, 604 u. a.), bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit der Einwirkung Rücksicht zu nehmen; es sei aber unzulässig, innerhalb der einzelnen Stadtviertel auch noch die einzelnen Hausteile, wie die Tiefanlage der Gebäude, in Betracht zu ziehen.

Auf diese Rügen kommt es indessen nicht an, weil die weiteren Angriffe zur Aufhebung des Berufungsurteils führen. Die Passivlegitimation des Beklagten würde allerdings, wie der erkennende Senat in früheren Fällen (V 311/03 in der JW. 04, 142 Nr. 11 und V B 114/04 in SeuffArch. 60, 18) im Anschluß an das Urteil des 6. Senats (VI 316/00 in RGZ. 47, 162) vom 27. Dez. 00 angenommen hat, dann keinem Bedenken unterliegen, wenn es bei dem mit Wissen und Willen des Beklagten von seinem Grundstück ausgehenden Lärm sich um gewöhnlichen, von Privatpersonen verursachten Lärm handeln würde. Im vorliegenden Falle wird aber von dem Beklagten das Einschreiten gegen die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte verlangt und ein solches Verlangen kann dem Beklagten gegenüber ebensowenig erhoben werden, wie es dem eigentlichen Störer, der Staatsgewalt, gegenüber erhoben werden könnte. Der Beklagte soll den von den Polizeiarrestlokalen ausgehenden Lärm beseitigen und ihn fernerhin unterlassen, der Lärm ist aber, wie der Berufungsrichter unterstellt und wie ohne weiteres, solange die Knebelung betrunkener Personen nicht zulässig ist, anzunehmen ist, mit dem Verbleiben der Polizeiwache untrennbar verbunden. Die Einrichtung der Polizeiwache im Grundstück G. 5 Nr. 11 aber beruht auf der Anordnung der zuständigen Polizeibehörden (Beschluß vom 25. Febr. 02, Erkenntnis vom 17. April 02). Gegenüber überwiegenden öffentlichen Interessen, insbesondere gegenüber der Ausübung staatlicher Hoheitsakte und speziell gegenüber polizeilichen Anordnungen müssen nach allgemeinen, vom Reichsgericht ständig (vgl. u. a. RGZ. 7, 267; 24, 36; 31, 287; 44, 226; 59, 71) auch für das rheinische (RGZ. 58, 134) und für andere Rechtsgebiete (RGZ. 56, 25) anerkannten Rechtsgrundsätzen, wie sie unter anderem auch in GewO. § 26 zum Ausdruck gelangt sind, die Privatinteressen der einzelnen Staatsbürger zurücktreten. Denn die Verrichtungen der Staatsgewalt können nicht stillstehen, bis alle einzelnen entgegenstehenden Privatinteressen im Wege der Enteignung beseitigt sind.

Daß in Baden etwas anderes gelte, ist aus den Ausführungen des Berufungsrichters nicht zu entnehmen. Sie stützen sich nicht ausschließlich auf badische Rechtsnormen, die als solche der Revision nicht zugänglich sein würden, sondern auch auf irrig aufgefaßtes und irrig angewendetes Reichsrecht. So soll der Begriff des Eigentums im BGB. § 903, da er als Schranke für die Ausübung des Eigentumsrechts (die Abwehrung von Immissionen) nur das Gesetz und Rechte Dritter kenne, die unmittelbarste Verneinung des Satzes, daß öffentliche Interessen zu berücksichtigen seien, enthalten und ebenso soll dieser Berücksichtigung der Art. 111 EGBGB. entgegenstehen, weil er zur Beschränkung der Verfügungsgewalt des Eigentümers aus Gründen öffentlichen Rechts ausdrücklich landesgesetzliche Vorschriften, also ein Gesetz, erfordere. Dabei ist übersehen, daß als „Gesetz" im Sinne des BGB. und des EinfG. nach Art. 2 a. a. O. jede Rechtsnorm zu verstehen ist. Es gehören dazu nicht bloß Normen des Privatrechts, sondern vor allen Dingen auch Normen des öffentlichen Rechts und es kommt nicht darauf an, ob sie im Wege eines formellen Gesetzes erlassen sind, sondern nur darauf, ob sie von einem zuständigen staatlichen Organ innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit ergangen sind oder ob sie sonst, insbesondere als Gewohnheitsrecht, rechtliche Geltung erlangt haben (Planck, Anm. 2 zu Art. 2; EGBGB., Anm. 3b zu § 903 BGB). Infolge seiner irrigen Rechtsauffassung hat der Berufungsrichter es unterlassen, das Gebiet des öffentlichen Rechts (vgl. u. a. Gesetz, Verwaltungsrechtspflege betr., vom 14. Juni 1884 § 4 Nr. 1 und GVG. § 13) einer Prüfung zu unterwerfen, und ist so zu einer Entscheidung gelangt, die nicht bloß mit der oben angeführten

Rechtsprechung des Reichsgerichts, sondern auch mit einem früheren, vom Reichsgericht gebilligten Urteil des Oberlandesgerichts (BadRpr. 01 S. 78, 79) in grundsätzlichem Widerspruch steht."

381. Begriff des „Gläubigers" i. S. von BGB. § 1136 (BGB. § 1136). Urt. vom 16. März 08, VI 240/07.

„In zweiter Linie macht die Revision geltend, daß der Vertrag nach BGB. § 1136 ungültig und deshalb der Eventualantrag des Klägers auf Rückzahlung des darlehnsweise hingegebenen Betrags begründet sei.

Unter dem Gläubiger i. S. des BGB. § 1136 ist jedoch der Hypothekengläubiger zu verstehen, d. i. der Gläubiger, dem eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) an den Grundstücken, deren Veräußerung oder weitere Belastung in Frage steht, bestellt ist oder bestellt werden soll. Darüber besteht nach dem Zusammenhang des § 1136 mit den übrigen Bestimmungen in dem von der Hypothek handelnden Titel, die den Hypothekengläubiger, wenn er nicht wie in den Fällen der §§ 1123—1130 mit anderen Gläubigern zusammentrifft, stets nur als „Gläubiger" bezeichnen und nach dem Zweck der Vorschrift, die verhüten will, daß dem dinglichen Recht des Gläubigers eine das gebotene Maß überschreitende Erweiterung gegeben und dadurch das Verfügungsrecht des Eigentümers unstatthaft beschränkt werde (vgl. RGZ. 55, 80), nicht der mindeste Zweifel. Gerade die Motive zu § 1136, auf welche die Revision sich beruft, sprechen es ausdrücklich aus. Nach der Vertragsauslegung des Berufungsgerichts sollte aber dem Kläger keine Hypothek an den streitigen Grundstücken bestellt werden. Er war also kein Gläubiger i. S. des § 1136, dessen Anwendbarkeit damit entfällt. Viel zweifelhafter wäre es, ob bei der von der Revision vertretenen Auslegung das gleiche gelten würde."

382. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung über die allgemeine Behauptung, daß die Verlobte zur Zeit der Beiwohnung bescholten gewesen sei (BGB. § 1300, ZPO. §§ 445, 451). Urt. vom 16. März 08, IV 362/07.

„Die Revision rügt Verletzung der ZPO. §§ 445, 451 und des BGB. § 1300. Sie macht geltend: Gehe man von dem vom Reichsgericht wiederholt gebilligten Standpunkt aus, daß die Verlobte i. S. des § 1300 nicht als unbescholten anzusehen sei, wenn sie sich einem anderen Manne zum Geschlechtsverkehr hingegeben habe, möge auch dieser Verkehr anderen nicht bekannt geworden sein, so müsse auch folgerichtig zum Nachweise des Mangels der Unbescholtenheit die Eideszuschiebung über die von dem Beklagten behauptete Tatsache nachgelassen werden. Andernfalls würde der Mangel der Unbescholtenheit überhaupt nur in den seltensten Fällen nachgewiesen werden können. Die von dem Berufungsgericht angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts über die Unzulässigkeit der Eideszuschiebung beträfen Ehesachen. In Ehesachen sei die Rechtslage eine andere. Dem Ehegatten werde eine bestimmte Handlung vorgeworfen, durch die er die eheliche Pflicht verletzt habe; für die an die Handlung sich knüpfenden Rechtsfolgen könne von Bedeutung sein, zu welcher Zeit und mit welchem Manne der Ehebruch begangen sei. Bei dem Vorwurf der Bescholtenheit komme es auf eine derartig bestimmte Handlung nicht an. Die Behauptung, daß die Klägerin bereits vor dem 18. Juli 1904 mit anderen Männern Geschlechtsverkehr gehabt habe, schließe den Vorwurf ein, daß die Klägerin damals nicht mehr unberührt gewesen sei. Warum diese Tatsache nicht hinreichend bestimmt sei, erscheine unverständlich.

Die Ausführungen der Revision gehen fehl. Allerdings ist unter Unbescholtenheit i. S. des BGB. § 1300 — ebenso wie im Falle des StGB. § 182 — Unversehrtheit der Geschlechtsehre zu verstehen und wird, wenn ein außerehelicher Geschlechtsverkehr mit einem Dritten stattgefunden hat, die Voraussetzung der Unbescholtenheit regelmäßig fehlen (vgl. die Urt. des RG. vom 2. Nov. 05, IV 227/05, im Auszug abgedruckt in BayZ. 06, 122; 7. Dez. 05, JW. 06, 65 Nr. 16; 15. März 06, PosMSchr. 06, 41; 13. Mai 07, JW. 07, 480

Nr. 14). Daraus ergibt sich aber nichts für die Anwendung der Vorschriften der ZPO. §§ 445, 451. Die Eideszuschiebung soll nicht das Mittel bieten, den Gegner über Verhältnisse auszuforschen, über die der Beweisführer eine bestimmte Behauptung nicht aufzustellen vermag. Deshalb ist verlangt, daß derjenige, der einen Eid zuschiebt, die Tatsache bestimmt bezeichne, über die der Gegner unter Eid sich erklären soll. Wie die Revision anerkennt, wird in Ehesachen nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts ein Eid, wie ihn der Beklagte zugeschoben hat, nicht zugelassen. Auch für die Fälle des § 1300 hat das Reichsgericht schon angenommen, daß die Eideszuschiebung darüber, ob die Verlobte mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt habe, nach ZPO. § 451 unzulässig ist (vgl. das angeführte Erkenntnis vom 2. Nov. 05)."

383. Zum Begriff des Ehevertrags (BGB. §§ 1432, 1434). Urt. vom 6. April 08, 414/07.

„Sodann führt die Revision aus: nicht jeder Vertrag über die Vermögensverhältnisse der Eheleute während der Dauer der Ehe sei ein Ehevertrag. Das entscheidende Kriterium sei darin zu finden, ob ein dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterrecht angehörendes Verhältnis in einer von den güterrechtlichen Vorschriften abweichenden Weise geregelt, oder ob eine Vereinbarung getroffen sei, die von dem Ehegatten auch ohne Bestehen eines güterrechtlichen Verhältnisses unter ihnen hätte getroffen werden können. Nur im ersteren Falle sei ein Ehevertrag vorhanden. Bezüglich der Bestimmungen des Abkommens vom 18. Juni 1906 aber — Übergabe bestimmter Möbel, Verzinsung einer Kapitalforderung — könne dieser Fall nicht als gegeben gelten. Auch dieser Angriff geht fehl. Dem unter den Parteien bestehenden Güterstande der Verwaltung und Nutznießung gehören eigentümlich die Rechtssätze an, daß der Ehemann die eingebrachten Sachen in Besitz zu nehmen berechtigt ist und daß ihm die Nutzungen des eingebrachten Gutes zustehen. Diese spezifischen Grundsätze des güterrechtlichen Systems der Verwaltung und Nießbrauchs haben im Vertrage eine Änderung dahin erfahren, daß die Haushaltungsgegenstände in den Alleinbesitz der getrennt lebenden Ehefrau und der Zinsgenuß der eingebrachten Kapitalforderung der Frau zufallen soll. Damit ist eine fundamentale Änderung der Prinzipien des gesetzlich geordneten Güterstandes in umfassenden Einzelbeziehungen vereinbart und der Begriff des Ehevertrags erfüllt."

384. Ein Schlag mit der Hand ins Gesicht ist nicht immer eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten (BGB. § 1568). Urt. vom 9. März 08, IV 350/07.

„Es ist auch nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht den Schlag, den die Beklagte bei dem Vorfall vom 3. Januar 1906 dem Kläger mit der Hand in das Gesicht versetzte, nicht als grobe Mißhandlung i. S. des BGB. § 1568 angesehen hat. Darüber, daß es sich um einen besonders derben mit nachteiligen Wirkungen verbundenen Schlag gehandelt habe, ist nichts festgestellt worden. Die Annahme der Revision, daß jeder Schlag mit der Hand in das Gesicht schon deshalb eine grobe Mißhandlung darstelle, weil edle Teile hätten getroffen werden können, ist verfehlt. Allerdings kann eine hinsichtlich der objektiven Folgen nicht erhebliche Mißhandlung sich deshalb als grobe kennzeichnen, weil sie unter Umständen begangen wurde, die eine erniedrigende Herabwürdigung des mißhandelten Ehegatten vor den Augen von Untergebenen darstellten. In solchen Fällen kommt es aber wesentlich auf die Gestaltung der Umstände des Einzelfalls an. In dem hier in Betracht kommenden Falle war die Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts in gerechtfertigter Veranlassung nach dem Kontor ihres Ehemannes hinübergegangen, um sich selbst das dem Dienstmädchen verweigerte Haushaltsgeld zu erbitten. Der vom Herankommen der Beklagten durch das Kontorpersonal benachrichtigte Kläger verweigerte ihr den Eintritt. Als er die Tür vor ihr zumachen wollte, schlug die durch diesen ihr vor dem Personal angetanen Schimpf

gereizte Beklagte den Kläger in das Gesicht. Wenn bei solcher Sachlage in dem Schlage weder eine grobe Mißhandlung noch eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten erblickt worden ist, so tritt in dieser Beurteilung ein Rechtsirrtum nicht hervor."

385. Der Vorwurf des Ehebruchs ist nicht immer Scheidungsgrund. Berücksichtigung von Tatsachen, die in die Zeit nach der Verdachtsäußerung fallen (BGB. § 1568). Urt. vom 30. März 08, IV 387/07.

„Während das Landgericht sich überzeugt hält, daß ein Geschlechtsverkehr zwischen dem Kläger und der Witwe F. nicht stattgefunden hat, erachtet das Oberlandesgericht einen derartigen Geschlechtsverkehr nur als nicht erwiesen.

Festgestelltermaßen verließ der Kläger die Beklagte schon Anfang August 1904, kehrte gegen Ende August 1904 wieder zu ihr zurück, hielt sich jedoch nur kurze Zeit bei ihr auf, verließ sie wiederum und kehrte erst im Dezember 1904 zurück, bis dann Ende April 1905 die dauernde Trennung der Eheleute eintrat. Während des Getrenntlebens der Eheleute wohnte der Kläger meist bei der Witwe F., insbesondere schon im August 1904, dann wiederum im November und Dezember 1904 und schließlich dauernd, nachdem er sich von seiner Ehefrau getrennt hatte. Die Witwe F. und der Kläger, der ein Freund ihres verstorbenen Mannes war, nannten sich seit 12—13 Jahren ‚Du'. Im August 1906 unternahm der Kläger mit der F. eine gemeinsame Reise nach M. zu einem Vereinsfeste und stellte hier die F. als seine Frau vor. Im Sommer 1906 setzte sich der Kläger mit dem Kaufmann G. wegen Ankaufs von Trauringen in Verbindung, zu deren Lieferung es jedoch nicht kam, nachdem G. durch die Beklagte erfahren hatte, daß die Parteien in Scheidung lebten.

Das Berufungsgericht nimmt zugunsten der Beklagten an, sie möge den Verdacht, daß ihr Ehemann mit der F. Ehebruch treibe, gehegt, diesen Verdacht auch für begründet gehalten haben. Insbesondere seien der Beklagten die Mitteilungen der Zeuginnen B. und C. zu Ohren gekommen, inhalts deren die C. F., später verehel. B., eine Tochter der Witwe F., den Zeuginnen erzählt hat, ihre Mutter unterhalte mit dem Kläger ein Verhältnis, ihr passe die Geschichte nicht, sie sei daher von ihrer Mutter weggezogen.

Trotzdem erblickt das Berufungsgericht in dem von der Beklagten gegen den Kläger erhobenen Vorwurf des Ehebruchs mit der F. sowie in der Art und Weise, wie die Beklagte dieser Beschuldigung insbesondere zu Angehör dritter Personen Ausdruck gab, einen Scheidungsgrund. Die Begründung erscheint jedoch rechtlich fehlsam.

Daß etwa die Beklagte den Vorwurf wider besseres Wissen erhoben habe, kommt überhaupt nicht in Frage. Es kann sich nur fragen, ob sie ihn leichtfertig erhoben hat. Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu verneinen. Zwar weicht das Berufungsgericht der Frage, ob die Beziehungen des Klägers zu der Witwe F. den Verdacht des Ehebruchs tatsächlich begründen, aus. Allein die von ihm getroffenen Feststellungen genügen zu der Annahme, nicht nur daß die Beklagte in dem Glauben an die Wahrheit ihres Vorwurfs gehandelt, sondern auch daß sie schon zu der Zeit, als sie die Beschuldigung aussprach, unverschuldet sich in diesem Glauben befunden hat.

Hat also die Beklagte den erwähnten Vorwurf weder wider besseres Wissen noch leichtfertig erhoben, so liegt eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten nicht vor. Wenn das Berufungsgericht annimmt, die Beklagte wäre höchstens berechtigt gewesen, ihrem Manne unter vier Augen Vorhalt zu tun oder sich bei dritten Personen nach seinen etwaigen näheren Beziehungen zur F. in vorsichtiger Weise zu erkundigen, so reicht das nicht aus, die darüber hinausgehenden Äußerungen der Beklagten als schwere Eheverfehlungen hinzustellen. Die Beklagte durfte mit den angegebenen, den Kläger schwer belastenden Tatsachen rechnen. Daß diese zum Teil in die Zeit nach den Verdachtsäußerungen der Beklagten fallen, schließt ihre Verwertung

zur Beurteilung der gesamten Sach- und Rechtslage nicht aus, denn sie bestätigten nachträglich die Richtigkeit des gehegten Verdachtes. Was das Berufungsgericht sonst noch heranzieht, rechtfertigt die Anwendung des § 1568 gleichfalls nicht. Dies gilt namentlich von der Erwägung, daß sie ihren Verdacht zu Dritten geäußert und sich dabei in derben Ausdrücken Luft gemacht hat.

In hohem Grade bedenklich erscheint endlich auch die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe den Vorwurf des Ehebruchs mit der F. als eine das eheliche Verhältnis tief zerrüttende Verfehlung empfunden und diese habe ihm die Fortsetzung der Ehe mit der Beklagten unerträglich gemacht. Ganz abgesehen davon, daß der Kläger trotz der Beschuldigungen immer wieder zu seiner Frau zurückgekehrt war, rechtfertigen die getroffenen Feststellungen jene Annahme nicht, zumal — was nicht berücksichtigt ist — der Kläger sich tatsächlich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat. Daß die Beklagte durch ihre Beschuldigungen, wie das Berufungsgericht andeutet, ihren Ehemann in die Arme der F. getrieben habe, ergibt der Sachverhalt nicht und würde das Verhalten des Klägers auch nicht entschuldigen."

386. Ist, wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt ist, die auf Scheidung der Ehe gerichtete Widerklage zugleich als Antrag nach BGB. § 1575 aufzufassen? (BGB. § 1575). Urt. vom 23. März 08, IV 375/07.

„Das Berufungsgericht hat dem Antrage der Klägerin entsprechend auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt und die vom Beklagten in der Berufungsinstanz erhobene, auf Scheidung gerichtete Widerklage abgewiesen. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte bei dem ausgesprochenermaßen auf Scheidung dringenden Willen des Beklagten gemäß BGB. § 1575 auf Scheidung erkennen müssen, selbst wenn die Widerklage nicht für begründet erachtet wurde. Dieser Meinung kann nicht beigepflichtet werden. Nach § 1575 Abs. 1 Satz 2 ist auf Scheidung zu erkennen, wenn der mit der Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft belangte Ehegatte beantragt, daß die Ehe, falls die Klage begründet ist, geschieden wird. Es soll verhütet werden, daß ein Ehegatte gegen seinen Willen an einem Ehebande festgehalten wird, dem der materielle Gehalt der Ehe fehlt (Planck, § 1575 Anm. 3). Der vom Gesetz erforderte Antrag soll also die Stellung des Beklagten gegenüber der begehrten Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kundtun. Er soll sich darüber verhalten, ob der Beklagte für den Fall, daß die Klage begründet ist, die Scheidung ausgesprochen wissen will. Diesem Erfordernisse wird allein durch die Erhebung einer auf Scheidung gerichteten Widerklage — und etwas Weiteres liegt in dieser Beziehung nicht vor — nicht genügt, da hierdurch Scheidung nur für den Fall begehrt wird, daß die Widerklage begründet ist. Das Berufungsgericht war daher in Ermangelung eines dem § 1575 entsprechenden Antrags nicht in der Lage, auf Scheidung zu erkennen, es hatte vielmehr an den von der Klägerin gestellten Antrag sich zu halten und war zur Ausübung des Fragerechts nicht veranlaßt. Dem Beklagten bleibt freigestellt, falls er die Scheidung erreichen will, den in § 1576 bezeichneten Weg zu beschreiten."

387. Zum Begriff der Erbeinsetzung. Vorbehalt des Erblassers, innerhalb des Kreises der eingesetzten Erben und Vermächtnisnehmer unwesentliche Nachlaßgegenstände von geringem Werte zu verteilen (BGB. §§ 2087, 2094). Urt. vom 30. März 08, IV 393/07.

„Die jetzigen Revisionskläger haben sich der Klage gegenüber auf den Standpunkt gestellt, daß das Testament vom 18. Aug. 04 eine Erbeinsetzung überhaupt nicht enthalte. Alle letztwilligen Zuwendungen der Erblasserin und so auch die zugunsten des H. Z. und des F. B. getroffenen seien ausnahmslos

Vermächtnisse gewesen. Hiervon ausgehend haben sie zweierlei behauptet: einmal, die Erblasserin sei des Willens gewesen, daß den ausfallenden Vermächtnisnehmern deren gesetzliche Erben substituiert sein sollten; und sodann, es sei gesetzliche Erbfolge nach der Erblasserin eingetreten, weshalb die Vermögensstücke, über die die Erblasserin nicht verfügt — oder unwirksam verfügt — habe, sowie (falls die behauptete Substitution keine Geltung habe) die durch den Tod des Z. und des B. freigewordenen 20000 ℳ den gesetzlichen Erben zufielen. Schlimmstenfalls aber — so behaupteten sie weiter — seien die in dem Testamente zu Erben ernannten Personen, wenn sie vielleicht Erben geworden wären, nicht in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschlössen. Die im BGB. § 2094 Abs. 1 vorgeschriebenen Voraussetzungen für das von klägerischer Seite behauptete Anwachsungsrecht lägen deshalb nicht vor, vielmehr finde § 2088 Anwendung. Haben nun die Beklagten mit dem, was sie an erster Stelle geltend machten, die geschehene Anordnung eines das Anwachsungsrecht nach BGB. §§ 2190, 2099 ausschließenden Ersatzvermächtnisses zugunsten der F. B.schen und der H. Z.schen Rechtsnachfolger behaupten wollen, so hat schon der erste Richter zutreffend darauf hingewiesen, daß ein solcher Wille der Erblasserin, falls er vorhanden gewesen wäre, in dem Testamente keinen Ausdruck gefunden habe, der bloße Wille allein aber der Rechtswirksamkeit entbehre. Die Beklagten scheinen denn auch in zweiter Instanz hierauf nicht mehr zurückgekommen zu sein.

Im übrigen haben beide Vorinstanzen in den Erbesernennungen wirkliche Erbeinsetzungen erblickt. Der Berufungsrichter stützt sich dabei auf den Wortlaut des Testaments. Er verweist auf die ausdrückliche Ernennung der Kläger, des H. Z. und des F. B., zu Erben, ferner auf die ausdrücklich über die „Teilung“ des Nachlasses unter sie gegebenen Vorschriften, sodann auf die in dem Testamente enthaltene Gegenüberstellung von „Erben“ und „Erbteilen“ auf der einen und „Vermächtnissen“ auf der anderen Seite. Die Erblasserin habe nicht bloß Teilungsanordnungen, sondern vermöge dieser zugleich eine nähere Bestimmung der Erbteile gegeben. Sie habe ihr ganzes Vermögen, abgesehen von wenigen Mobilien des täglichen Gebrauchs, verteilt. Es bleibe hiernach kein Raum für die gesetzliche Erbfolge, vielmehr sei BGB. § 2094 anzuwenden. Eine Bestimmung, durch die das Anwachsungsrecht ausgeschlossen sei, enthalte das Testament ersichtlich nicht. Auch BGB. § 2069 komme nicht zu Anwendung, weil Z. und B. nicht Abkömmlinge der Erblasserin gewesen seien.

Gegen diese Testamentsauslegung versucht die Revision vergeblich aufzukommen. Sie meint, den als „Erben“ benannten Personen seien nur einzelne Gegenstände zugewendet, es habe deshalb BGB. § 2087 Abs. 2 angewandt werden müssen. Das ist nicht richtig, wenn mit dem Berufungsrichter in der Zuwendung dieser Gegenstände eine nähere Bestimmung des Umfanges der vorausgeschickten Erbeseinsetzung und zugleich eine Anleitung zur Ausführung der Erbteilung zu erblicken ist. Darin, daß dies annehmbarerweise tatsächlich der Wille der Erblasserin gewesen sei, kann dem Berufungsrichter in der Revisionsinstanz nicht entgegengetreten werden. Mit dem Wortlaute des Testaments aber ist diese Annahme wohl vereinbar. Ebensowenig ist es zu beanstanden, daß der Berufungsrichter aus dem Testamente unter Berücksichtigung der Willenskundgebungen in dem formwidrigen Privattestament vom April 1905 den Willen der Erblasserin feststellt, sich nur noch eine Verteilung unwesentlicher Nachlaßgegenstände von geringem Wert, die sie innerhalb des Kreises der eingesetzten Erben und Vermächtnisnehmer habe vornehmen wollen, vorzubehalten. War dies der Fall, so wird durch einen solchen Vorbehalt die Rechtsauffassung, daß den benannten Erben das Vermögen der Erblasserin als Ganzes nach dem Verhältnis der ihnen vermöge der Teilungsanordnungen zugewiesenen Vermögensstücke zugewendet sei (BGB. § 2087 Abs. 1), nicht beeinträchtigt. Eine Verkennung des Begriffs der Erbeinsetzung liegt dabei nicht vor.“

388. Befugnis des Testamentsvollstreckers, auf Auszahlung an einen Erben zu klagen (BGB. § 2212). Urt. vom 23. März 08, IV 389/07.

„Die Revision hat zunächst Bedenken gegen die Aktivlegitimation des klagenden Testamentsvollstreckers erhoben. Die Zweifel gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Testamentsvollstrecker allein gemäß BGB. § 2212 zur Verfolgung des Klaganspruchs berechtigt sei, werden aus der Unterstellung entnommen, dem Testamentsvollstrecker sei von den Erblassern die Verwaltung nur an einem Teil des Nachlasses übertragen worden, nämlich nur an dem im § 5 des Testaments bezeichneten nicht in den Händen der Erben des Sohnes E. befindlichen Vermögen der Tochter J. Die von der Revision aufgeworfenen Bedenken gegen die in der Berufungsinstanz nicht streitig gewesene Aktivlegitimation sind unbegründet, weil die tatsächlichen Voraussetzungen jener Bedenken nach dem gesamten Inhalt des Testaments vom 16. Febr. 02 nicht gegeben sind. Der Kläger ist durch § 7 des Testaments ohne jegliche Einschränkung zum Testamentsvollstrecker ernannt. Die ihm durch § 6 eingeräumte Verwaltungsbefugnis erstreckte sich nicht etwa nur auf das in § 5 erwähnte Vermögen der Tochter, sondern auch auf ihren übrigen Erbteil. § 9 handelt von dem im Besitze der Erben des Sohnes E. befindlichen Vermögen, an dem dem Längstlebenden der Erblasser die lebenslängliche Nutznießung vorbehalten ist. Dieses Vermögen soll nach ausdrücklicher Bestimmung der Erblasser schon alsbald nach dem Tode des zuerst von ihnen Versterbenden sichergestellt werden, damit die Nutznießung des Überlebenden und die Herauszahlung an die Tochter J. in keiner Weise gefährdet sei. Um dies herbeizuführen, wird dem Testamentsvollstrecker noch besonders die Berechtigung gewährt, alle ihm dienlich erscheinenden Schritte zu tun. Hiernach fiel die Geltendmachung des auf eine Herauszahlung an die Tochter abzielenden Klaganspruchs in den Kreis der Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers, von einer rechtsirrigen Anwendung des BGB. § 2212 kann nach dem dem Berufungsgericht unterbreiteten unstreitigen Sachverhalt keine Rede sein."

389. Form des Vorvertrages über Errichtung einer G. m. b. H. An seinen Inhalt zu stellende Erfordernisse (GmbHG. § 2). Urt. vom 24. März 1908, II 589/07.

„Der 1. ZS. des RG. hat seit RGZ. 43, 136 in ständiger Rechtsprechung (vgl. RGZ. 66, 116) angenommen, daß ein Vorvertrag über Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der gerichtlichen oder notariellen Form, die in § 2 des Gesetzes für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages vorgeschrieben ist, ebenfalls bedürfe. Zwar wird diese Auffassung in der Literatur von Staub-Hachenburg § 2 Anm. 48 bekämpft. Der erkennende Senat tritt indes den überzeugenden Ausführungen des 1. ZS. bei. — In dem Urteile vom 8. Mai 07 (I 237/07; RGZ. 66, 116) beschäftigt sich der 1. ZS. mit der weiteren Frage, welches Maß von Bestimmtheit ein solcher in gehöriger Form errichteter Vorvertrag haben müsse, um wirksam zu sein. Ausgehend von dem allgemeinen Rechtsgrundsatze — Vorverträge erfordern an sich für den Inhalt nicht mehr als ein solches Maß von Bestimmtheit, daß im Streitfalle der Inhalt des versprochenen Vertrags richterlich festgesetzt werden kann — und von der weiteren Betrachtung, die in § 2 des Gesetzes vorgeschriebene Form habe einen doppelten Zweck, sie solle einmal den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen zum Bewußtsein bringen, sie solle ferner auch die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses für Dritte erkennbar machen — gelangt der 1. ZS. zu dem Ergebnisse, die Formvorschrift in § 2 zwinge nicht dazu, schon für den Vorvertrag über Abschließung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Genauigkeit des Inhalts zu verlangen, die nach § 3 des Gesetzes der Gesellschaftsvertrag selbst haben muß. Daraus wird für den damals zu entscheidenden Fall abgeleitet, der vorge-

schriebenen Form genüge ein Vorvertrag schon bei einer solchen Genauigkeit des Vertragsinhalts hinsichtlich des Stammkapitals und der Einlagen, die zur Bildung eines Urteils über den Inhalt der einzugehenden Verpflichtungen genüge. — Der erkennende Senat tritt diesen Ausführungen des 1. ZS. grundsätzlich bei. Danach genügt ein Vorvertrag der vorgeschriebenen Form schon dann, wenn aus seinem in einer der Formen des § 2 beurkundeten Inhalte von den Vertragsparteien der Umfang der einzugehenden Verpflichtung übersehen werden kann und überdies der Inhalt des Gesellschaftsvertrags in allen für die Vertragsparteien erheblichen Punkten bestimmbar ist."

390. Ist der Gesellschaftsvertrag einer G. m. b. H. im ganzen nichtig, wenn er die Bestimmung enthält, daß Teile eines Geschäftsanteils ohne Genehmigung der Gesellschaft an Dritte veräußert werden dürfen? (GmbHG. § 17 Abs. 1, 3, § 75). Urt. vom 14. März 08, I 304/07.

„Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der angeführte § 6 des Gesellschaftsvertrags insoweit rechtsungültig sei, als er inhaltlich bestimme, daß Teile eines Geschäftsanteils ohne Genehmigung der Gesellschaft an dritte Personen veräußert werden können; denn insoweit verstoße die Vertragsbestimmung gegen GmbHG. § 17 Abs. 1, 3. Das Berufungsgericht hat aber die Frage verneint, ob die Nichtigkeit der angeführten Bestimmung zur Folge haben könne, daß die Gesellschaft auf Grund des § 75 des bezeichneten Gesetzes für nichtig erklärt werde. Hiergegen richtet die Revision ihren Angriff, indem sie die Ansicht vertritt, daß die vorliegende Teilnichtigkeit in Anwendung des BGB. § 139 zur Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages und damit auch der in § 75 des Gesellschaftsgesetzes hervorgehobenen wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages führen müsse, es sei denn, daß der Vertrag — was das Berufungsgericht nicht festgestellt habe — auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Mit Recht ist das Berufungsgericht im Gegensatze zu der von der Revision vertretenen Auffassung von dem Grundsatz ausgegangen, daß die Fälle, in denen eine eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung für nichtig erklärt werden könne, im § 75 ausschließlich geregelt worden seien. Der § 75 enthält eine besondere Gesetzesvorschrift, welcher auf dem von ihr beherrschten beschränkten Rechtsgebiete gegenüber der im BGB. § 139 gegebenen allgemeinen Vorschrift der Vorrang gebührt. Die Aberkennung dieses Vorrangs würde zur Folge haben, daß der im § 75 deutlich offenbarte Gesetzeswille, nach dem die Nichtigkeit der Gesellschaft nur aus der Nichtigkeit der nach § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsgesetzes wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags hergeleitet werden soll, in vielen Fällen unwirksam bliebe.

Der Versuch der Revision, die Entscheidung des erkennenden Senats vom 13. Mai 03 (RGZ. 54, 418) für ihre Auffassung zu verwerten, konnte keinen Erfolg haben. In dieser Entscheidung ist ausgesprochen worden, daß die Gesellschaft auf dem Wege des § 75 des Gesellschaftsgesetzes für nichtig zu erklären sei, wenn der Gesellschaftsvertrag der im § 2 des Gesetzes vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form entbehre und deswegen nichtig sei. Dieser Fall unterscheidet sich jedoch wesentlich von dem gegenwärtigen Streitfalle. Will man auch davon absehen, daß der Mangel der gesetzlichen Form den ganzen Vertrag vorbehaltlos nichtig macht (BGB. § 125), wogegen nach BGB. § 139 die Nichtigkeit nur unter der in dieser Vorschrift bezeichneten Voraussetzung eintritt und im Falle der Anfechtung (vgl. RGZ. 62, 186) erst nachträglich herbeigeführt wird, so bleibt immer noch ein anderer erheblicher Unterschied übrig. Wenn nämlich die infolge der Verletzung der Formvorschrift des genannten § 2 eintretende Nichtigkeit bei der Anwendung des § 75 des Gesellschaftsgesetzes keine Berücksichtigung finden könnte, so ergäbe sich die Folge, ‚daß auf dem Gebiete der Gesellschaften mit beschränkter Haftung,

wie auf dem Gebiete des Aktiengesellschaftsrechts der § 125 BGB. seiner Bedeutung völlig entkleidet und die Absicht des Gesetzes, durch Vorzeichnung bestimmter Formen des Vertragsschlusses die Wichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärung bei der Gründung solcher Gesellschaften zum Bewußtsein zu bringen, ganz vereitelt würde, sobald unter Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften die Eintragung der Gesellschaft in das Register erfolgte' (RGZ. 54, 422). Im vorliegenden Falle dagegen kann von einer Vereitelung der im § 17 Abs. 1, 3 des Gesellschaftsgesetzes zum Ausdruck gekommene Absicht keine Rede sein; die Nichtanwendung des BGB. § 139 führt vielmehr zu dem Ergebnisse, daß zwar der Gesellschaftsvertrag im ganzen, daß die Gesellschaft bestehen bleibt, daß aber die angeführte Bestimmung des § 6 des Gesellschaftsvertrags, soweit sie gegen den § 17 Abs. 1, 3 verstößt, der Unwirksamkeit verfällt."

391. Rechtliche Natur der Anordnung des Beschwerdegerichts, daß seine auf Konkurseröffnung lautende Entscheidung sofort wirken solle (ZPO. § 945; KO. §§ 74, 72). Urt. vom 21. Febr. 08, II 336/07.

„Im vorliegenden Falle hatte das Landgericht gemäß KO. § 74 die sofortige Wirkung seiner auf Konkurseröffnung lautenden Entscheidung angeordnet. Diese dem FGG. § 26 nachgebildete Vorschrift der KO. § 74 will im allgemeinen Interesse Machenschaften des Gemeinschuldners verhindern. Die auf Grund der KO. § 74 erlassene Entscheidung hat nicht den Charakter einer einstweiligen Verfügung oder eines Arrestes. ZPO. § 945 enthält auch eine Sondervorschrift, die keiner entsprechenden Anwendung fähig ist. KO. § 72, der die Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung finden läßt, kommt daher nicht in Betracht."

392. Ist unbedingt Zahlungseinstellung anzunehmen, wenn sich der Schuldner mit seinen Gläubigern zu einigen sucht? (KO. § 102 Abs. 2). Urt. vom 14. Febr. 08, VII 234/07.

„Das Berufungsurteil konnte nicht aufrecht erhalten werden, da es nicht ausreichend erkennen läßt, ob der Berufungsrichter den Begriff der Zahlungseinstellung richtig verstanden hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Zahlungseinstellung die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung der fälligen Geldforderungen andrängender Gläubiger wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln. Im vorliegenden Fall schließt der Berufungsrichter das Vorhandensein der Zahlungseinstellung für die Zeit vom 23. Dezember 1905 ab lediglich daraus, daß K. an diesem Tage durch einen Rechtsanwalt seine Gläubiger zu einer Besprechung mit der Mitteilung eingeladen hat, daß er seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen könne, daß darauf am 28. Dezember diese Besprechung in Gegenwart des Beklagten erfolglos stattgefunden hat und daß dann am 15. Januar 1906 der Konkurs ausgebrochen ist. Diese Tatsachen machen zwar das Vorhandensein der Zahlungseinstellung wahrscheinlich, schließen aber die Möglichkeit nicht aus, daß K. zu einer Zeit, als er seine fälligen Verbindlichkeiten noch erfüllen konnte oder doch um die Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten noch nicht gedrängt wurde, sich überzeugte, er werde später in die Lage kommen, seine Zahlungen einstellen zu müssen, und daß er deshalb am 23. Dezember 1905 vorsorglich, um eine spätere Zahlungseinstellung zu vermeiden, eine Einigung mit seinen Gläubigern herbeizuführen versucht hat. Die Sache ist deshalb an den Berufungsrichter zurückzuverweisen zur Feststellung, ob K. zu jener Zeit von Gläubigern wegen Bezahlung fälliger Geldschulden gedrängt worden ist. Traf dies zu, so lag freilich eine Zahlungseinstellung vor. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob K. durch die Zusammenberufung seiner Gläubiger einen Nachlaß

hinsichtlich seiner Schulden erreichen wollte oder ob er in der Erwartung, später wieder in bessere Verhältnisse zu kommen, nur bezweckte, einen Aufschub in der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu erlangen."

393. Umfang des Anspruchs auf Rückgewähr, wenn an Stelle des Güterstandes der Fahrnisgemeinschaft Gütertrennung vereinbart ist und bei der Teilung des Gesamtgutes der Ehefrau außer den ihr zustehenden ideellen Hälften von Grundstücken die anderen Hälften unentgeltlich überlassen sind. Unwirksamkeit des Ehevertrags selbst? (AnfG. § 3 Ziff. 4, § 7). Urt. vom 4. Febr. 08, VII 304/07.

„Der Revision mußte insoweit Folge gegeben werden, als sie rügt, daß dem Antrage der Kläger jedenfalls nur in Ansehung der ideellen Hälfte der Grundstücke hätte entsprochen werden dürfen. Der Berufungsrichter erachtet die Anfechtung nach AnfG. § 3 Nr. 4 (die Schenkungsanfechtung) für durchgreifend. Er stellt fest, daß der Beklagten bei der Teilung des Gesamtgutes nur der Anspruch auf die Hälfte der Grundstücke zugestanden und daß sie die andere Hälfte unentgeltlich erworben habe. Gegen diese Feststellung ist nichts zu erinnern. Die Revision macht geltend, daß die Beklagte nach ihrem Vorbringen in der Berufungsinstanz die Aussicht auf den Erwerb des Miteigentums an dem künftigen Vermögen ihres Ehemannes verloren und mit der Gütertrennung die Verpflichtung aus BGB. § 1427 überkommen habe, daß also eine Schenkung nicht vorliege. Es kommt indessen nur darauf an, ob die Beklagte für die Überlassung der Grundstückshälften, auf die sie an sich keinen Anspruch hatte, ein Entgelt gewährt hat und ein solches kann nicht darin gefunden werden, daß mit der von der Beklagten gewollten Gütertrennung die bezeichneten gesetzlichen Folgen eingetreten sind. Sie wären auch dann eingetreten, wenn die Beklagte bei der Auseinandersetzung nur das erhalten hätte, was ihr zukam. Der Umstand, daß sie in die Änderung des Güterstandes willigte und damit jene Folgen auf sich nahm, kann nicht in dem Sinne einer Gegenleistung für Zuwendungen, die nicht durch die Teilung bedingt sind, verwertet werden. Die Revision weist ferner auf die von der Beklagten übernommene hypothekarische Belastung der Grundstücke hin. Aber es war in den Vorinstanzen nicht behauptet, daß die Grundstücke voll belastet oder gar überschuldet seien. Der Berufungsrichter hatte daher keinen Anlaß, der Frage näher zu treten, ob, wenn es der Fall wäre, eine Schenkung oder auch eine Benachteiligung der Gläubiger nicht vorliege. Die Ehegatten sprechen selbst in dem Vertrage von der schenkungsweisen Übertragung der Grundstücke und erachten somit das Geschäft jedenfalls zu dem die Hypothekenschulden übersteigenden Betrage für eine Schenkung. Nur mit der Belastung kommen die Grundstücke als Gegenstände des Zugriffs der Gläubiger überhaupt in Betracht. Es bewendet daher bei der Feststellung des Berufungsrichters, daß in der Übereignung der dem Anteil des Ehemannes und Schuldners entsprechenden ideellen Hälfte der unstreitig zum Gesamtgut gehörig gewesenen Grundstücke eine unentgeltliche Verfügung des Mannes zugunsten der Beklagten zu erblicken sei. Wenn er trotzdem in Übereinstimmung mit dem ersten Richter die Grundstücke in vollem Umfange, als wären sie noch Gesamtgut, den Klägern auf Grund des AnfG. zur Verfügung stellt, so verletzt er das AnfG. § 7, nach welchem der Gläubiger nur die Rückgewähr des aus dem Vermögen des Schuldners Herausgekommenen zu beanspruchen hat. Zu seiner mit der Feststellung des Umfangs der Schenkung in Widerspruch stehenden Entscheidung gelangt der Berufungsrichter durch die Annahme, daß die Zuwendung nur in Verbindung mit dem die Fahrnisgemeinschaft durch die Gütertrennung ersetzenden Ehevertrage angefochten werden könne, daß auch dieser wegen seines Zusammenhanges mit der Teilung den Gläubigern gegenüber unwirksam sei und daß daher insoweit der frühere Zustand wieder hergestellt werden müsse, d. h. daß die Gläubiger sich an das ehemalige Gesamtgut zu halten befugt seien. Hierbei ist der bezeichnete Grundsatz des Anfechtungs-

rechts übersehen; nur was von dem Vermögen des Schuldners dem Zugriffe der Gläubiger entzogen ist, soll, soweit es zu deren Befriedigung erforderlich ist, zurückgewährt werden. Der Ehevertrag als solcher ist, indem er an die Stelle des bestehenden Güterrechts ein anderes setzt und die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten neu ausgestaltet, kein Gegenstand der Anfechtung — was übrigens auch der Berufungsrichter anerkennt. Nur insofern und insoweit er mit einer Vermögensentäußerung verknüpft ist, kann er denkbarerweise in den Rahmen des AnfG. fallen. Aber auch dann ist lediglich die Vermögensverschiebung zum Nachteil der Gläubiger diesen gegenüber unwirksam. Der Berufungsrichter meint, daß ohne die Anfechtbarkeit des den Güterstand ändernden Ehevertrages die Kläger lediglich auf den unsicheren Weg der Pfändung des Teilungsanspruchs gewiesen seien. Dies trifft nicht zu. Die Gültigkeit des die Fahrnisgemeinschaft durch die Gütertrennung ersetzenden Vertrages bedingt nicht die Wirksamkeit von Abreden, die aus Anlaß der Teilung des bisherigen Gesamtguts einem Gatten ohne entsprechende Gegenleistung mehr gewähren, als er vermöge der bestandenen Gütergemeinschaft zu beanspruchen hat. Eine solche Abrede ist so wenig ein notwendiger Bestandteil des Ehevertrages, wie es die Teilung ist; sie ist auch kein notwendiger Bestandteil des letzteren. Daraus ergibt sich, daß sie, unbeschadet der Geltung des Ehevertrages und der Auseinandersetzung im übrigen, selbständig angefochten werden kann und daß die Gläubiger nicht gezwungen sind, sich auf den Teilungsanspruch, d. i. auf das Auseinandersetzungsguthaben des Ehegatten verweisen zu lassen. Eine andere Frage ist es, ob nicht die Beklagte unter Umständen hätte geltend machen können, daß die Kläger bei der nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften (BGB. §§ 1474 ff.) erfolgenden Auseinandersetzung doch nichts oder wenigstens nur einen die ihr zugewendeten Grundstücksanteile nicht erreichenden Betrag erhalten haben würden. Auf diese Frage braucht indessen angesichts der Feststellung des Berufungsrichters, daß der Beklagten jene Anteile geschenkt worden seien, nicht weiter eingegangen zu werden. Sie, aber auch nur sie, waren Gegenstand der unentgeltlichen Verfügung des Ehemannes und Schuldners zugunsten seiner Ehefrau und darum greift die Anfechtung gemäß AnfG. § 3 Nr. 4 lediglich in Ansehung ihrer Platz. Auch in den Fällen, in welchen das Reichsgericht über die Anfechtbarkeit von Eheverträgen sich auszusprechen hatte, handelte es sich immer um eine Veräußerung von Vermögen des verschuldeten Ehegatten (vgl. z. B. GruchotsBeitr. 48, 958; JW. 04, 152 Nr. 30). Insbesondere wurde in der vom 2. Zivilsenat entschiedenen Sache (RG. 57, 81) als anfechtbar die unentgeltliche Verfügung des Mannes zugunsten der Frau angesehen, die darin bestand, daß er die ihm nach dem bisherigen Güterstande als Teil des Gesamtguts zufallenden Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau aufgab. Hiernach ist der Vertrag vom 2. Febr. 05 nur insoweit den Klägern gegenüber unwirksam, als er eine Verminderung des Vermögens des Schuldners zum Nachteil der Gläubiger enthält. Dies trifft für die ideelle Hälfte der Grundstücke zu, die deshalb von der Beklagten als der Empfängerin den Klägern zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen ist. Dem steht andererseits nicht entgegen, daß die Forderungen der Kläger zu 2, 3, 4 unstreitig später entstanden sind, als die angefochtene Zuwendung, und daß dies für die Revisionsinstanz auch für die Forderung des Klägers zu 1 angenommen werden muß, da das Gegenteil nicht dargetan ist. Es kommt nur darauf an, daß die Gläubiger, nicht einzelne bestimmte, gegenwärtige Gläubiger benachteiligt sind und daß die Verfügung in den vom Gesetze vorgeschriebenen Zeitraum fällt. Ist die Forderung des Klägers zu 1 früher entstanden, so erscheint er durch die Vorschrift des BGB. § 1480 ausreichend geschützt. Aber auch die Beklagte ist dadurch nicht beschwert, daß sie zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grundstücksanteile verurteilt wird. Einer näheren Feststellung des Alters jener Forderung und einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu diesem Zwecke bedarf es daher nicht. Aus dem

Anfechtungsrechte ist jedenfalls nur jene Verurteilung zu begründen. Daß außer den Grundstücksanteilen noch weitere Zugriffsobjekte den Gläubigern entzogen worden seien, erhellt nicht. Die aus dem Verwaltungsrechte des Mannes fließende Möglichkeit, durch Eingehung von Schuldverbindlichkeiten das Gesamtgut zu belasten, kann nicht als eine der Veräußerung fähige Berechtigung angesehen werden und darum läßt sich zugunsten von Gläubigern, die erst Ansprüche erworben haben, als es kein Gesamtgut mehr gab, ein solches Gesamtgut im Wege der Gläubigeranfechtung nicht herstellen. Das Verwaltungsrecht des Mannes ist kein Gegenstand der Befriedigung für die Gläubiger. Wer kraft dieses Rechtes Gesamtgutsgläubiger geworden ist, steht unter dem Schutze des BGB. § 1480."

394. Unzulässige Verurteilung, die Zwangsversteigerung eines Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zu beantragen (ZVG. § 180). Urt. vom 23. März 08, IV 536/07.

„Fraglich kann nur sein, in welcher Weise dieses Recht zur Verwirklichung zu bringen ist. In dieser Beziehung hat der Berufungsrichter die Beklagten verurteilt, nach ihrer Wahl entweder den auf 106990,62 ℳ berechneten Anteil am Wert des Grundstücks nebst Zinsen zu zahlen oder die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zu beantragen. Mit Recht wird diese Verurteilung, die Zwangsversteigerung zu beantragen, von der Revision bemängelt. Die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft ist nach ZVG. § 180 ff., worüber in der Literatur keine Meinungsverschiedenheit besteht, nur zulässig, wenn entweder eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder eine Gemeinschaft zur gesamten Hand vorliegt, wenn das Grundstück mehreren Miteigentümern, mehreren Miterben, einer Gesellschaft (Handelsgesellschaft) oder zum ehelichen Gemeinschaftsgut gehört (vgl. Fischer-Schaefer, Anm. 2 zu § 180; Jaeckel, Anm. 2 zu § 180; Reinhard, Erl. I 1 zu § 180; Pfordten, Anm. 1 zu § 180 und Wolff, Anm. 1 zu diesem Paragraphen). Das Gericht kann nicht hierüber hinaus dem Subhastationsrichter eine Aufgabe zuweisen, für die er nach dem Gesetz nicht zuständig ist. Dem Antrage der Beklagten auf Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft würde daher der Subhastationsrichter keine Folge geben können, weil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis nur ein derartiges ist, daß die Beklagten obligatorisch verpflichtet sind, von dem Erlöse des Grundstücks einen Teil an die Klägerin abzugeben. Der Vertreter der Revisionsbeklagten hat zwar auszuführen gesucht, daß in Wirklichkeit das Eigentum der beklagten Erben an dem Grundstück nur ein fiduziarisches sei und die Miterben als mitberechtigt an dem Grundstück anzusehen seien. Diese Ausführung steht jedoch in Widerspruch mit dem von dem Berufungsrichter festgestellten Sachverhältnis, sie steht auch in Widerspruch damit, daß A. S. und dessen Erben, was jetzt von der Klägerin nicht mehr angefochten wird, berechtigt sind, die aus der Verwaltung des Grundstücks gezogenen Einnahmen für sich zu behalten."

395. Rechtsstellung der Beamten der Berufsgenossenschaften (ZPO. § 29; GewUVG. § 48). Urt. vom 3. März 08, III 457/07.

„Das Berufungsgericht hat die prozeßhindernde Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts für begründet erachtet und deshalb, abweichend von dem Landgerichte, das dem Klageantrage stattgegeben hatte, die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen. Es erachtet ZPO. § 29, auf den der Kläger die von ihm angenommene Zuständigkeit des Landgerichts in S. gestützt habe, auf die vom Kläger erhobene Klage für unanwendbar, weil es sich hier nicht um das Bestehen oder die Erfüllung eines Schuldvertrages, sondern um Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse eines öffentlichen Beamten — mittelbaren Staatsbeamten — handle, die keine vertraglich ausbedungenen seien, sondern unmittelbar auf dem Gesetze beruhten.

Die Revision erhebt hiergegen die Rüge, die Auffassung der Stellung des Klägers als eines mittelbaren Staatsbeamten sei rechtsirrig; als Beamter der Berufsgenossenschaft sei der Kläger überhaupt kein Staatsbeamter. Sie bezeichnet ferner als rechtsirrig die Annahme, daß die eingeklagte Forderung auf dem Gesetze beruhe; diese entspringe vielmehr lediglich aus dem Anstellungsvertrage, und deshalb sei nach ZPO. § 29 das Landgericht in S. zuständig.

Die Angriffe der Revision sind im wesentlichen begründet. Die entscheidende Bestimmung über die rechtliche Stellung der Beamten der Berufsgenossenschaft enthält GewUVG. in der Fassung der Bek. vom 5. Juli 00 § 48 unter der Überschrift ‚Genossenschaftsbeamte':

‚Die Genossenschaftsversammlung hat eine Dienstordnung zu beschließen, durch welche die Rechtsverhältnisse und allgemeinen Anstellungsbedingungen der Genossenschaftsbeamten geregelt werden. Diese Dienstordnung bedarf der Bestätigung durch das Reichsversicherungsamt'.

Das Gesetz weist hiernach lediglich den einzelnen Genossenschaften die Aufgabe zu, die Voraussetzungen festzusetzen, deren Erfüllung von den Anwärtern für die verschiedenen Beamtenstellen der Genossenschaft verlangt wird, ferner den Inhalt des durch die Anstellung zu begründenden Dienstverhältnisses zu bestimmen. Enthält aber so die erlassene ‚Dienstordnung' nicht eine allgemein, sondern nur eine für die jeweilige Berufsgenossenschaft maßgebende Grundlage der Dienstverhältnisse der Genossenschaftsbeamten, so kann die wirkliche Begründung des Dienstverhältnisses für den einzelnen Beamten nur auf Grund eines besonderen Anstellungsvertrages erfolgen, der nur, soweit er nicht noch Sonderbestimmungen enthält, wegen des Inhalts des dadurch begründeten Dienstverhältnisses auf jene ‚Dienstordnung' Bezug nimmt. Jedenfalls ergibt sich schon hieraus, daß das Gesetz die Beamten der Berufsgenossenschaften lediglich auf Grund eines bürgerlichrechtlichen Dienstvertrages angestellt wissen will, wenn es auch ersichtlich davon ausgeht, daß die zu erlassenden Dienstordnungen ihnen durch Zusicherung eines unter gewissen Voraussetzungen zu gewährenden Ruhegehalts und durch Vorkehrungen gegen willkürliche Entlassung eine der Stellung der Staatsbeamten angenäherte Stellung gewähren werde. Gerade weil die Träger der Unfallversicherung, die Berufsgenossenschaften, nach Art der gewöhnlichen Genossenschaften als selbständige Körperschaften gegliedert sind und sie ihre Tätigkeit möglichst selbständig entwickeln sollen, hat es das Gesetz absichtlich vermieden, auch nur die unter dem freigewählten Genossenschaftsvorstande tätigen Genossenschaftsbeamten als mittelbare Staatsbeamte zu behandeln.

Die Art der Stellung dieser Beamten tritt aber insbesondere an dem Gegensatze hervor, der zwischen ihr und der Stellung der Beamten der Versicherungsanstalten für die Invalidenversicherung besteht. Nach Maßgabe des InvVG. in der Fassung der Bek. vom 13. Juli 99 §§ 56, 65, 73, 74, 169 ist deren Verwaltung mit derjenigen der ‚weiteren Kommunalverbände', in Preußen insbesondere mit der Selbstverwaltung der Provinzen, in nahe Verbindung gebracht. Es war daher nur folgerichtig, wenn das InvVG. § 98 den Bureau-, Kanzlei- und Unterbeamten der Versicherungsanstalten nach näherer Anordnung der Zentralbehörde die Rechte von Kommunalbeamten einräumte. Es tritt deshalb darin, daß der Gesetzgeber es abgelehnt hat, eine gleiche Bestimmung auch in die Unfallversicherungsgesetze aufzunehmen, seine Willensmeinung hervor, daß er die Beamten der Unfallversicherung nicht als mittelbare Staatsbeamte behandelt wissen will. Bei der Beratung des GewUVG. wurde in der Kommission des Reichstages erörtert, daß die Beamten der Berufsgenossenschaften in Petitionen in erster Reihe wünschten, den mittelbaren Staatsbeamten gleichgestellt zu werden, wie dies für die Beamten der Versicherungsanstalten geschehen sei. Eine Regelung ihrer Stellung in diesem Sinne wurde aber nicht für gerechtfertigt erachtet, weil die Berufsgenossenschaften ‚eine selbständigere Stellung einnähmen'. Es wurde deshalb nur ein

Antrag in zweiter Lesung dahin angenommen, dem § 17 (jetzt § 37) des Entwurfs als Ziff. 13 einzufügen:

‚über die Bedingungen, unter denen die Beamten der Genossenschaft anzustellen sind‘

(vgl. den Bericht der 21. Kommission des Reichstags 1898/1900, RTDrucks. Nr. 703a S. 71). An die Stelle dieses Zusatzes ist dann später der jetzige § 48 des Gesetzes getreten (vgl. Drucks. Nr. 845/848 S. 2, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1900 S. 5775).

Auch diese Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt demnach, daß die Beamten der Berufsgenossenschaften keine mittelbaren Staatsbeamten sind. Die Übertragung der Dienststellung auf den Beklagten konnte daher nicht auf Grund eines staatsrechtlichen Anstellungsvertrags erfolgen, wie er der Anstellung jemandes als Staatsbeamten zugrunde liegt (RGZ. 28, 80; 37 S. 241, 298; 53, 427), und aus dem nicht etwa auf Gewährung des Diensteinkommens wie auf Erfüllung eines bürgerlichrechtlichen Schuldvertrages geklagt werden kann, weil der Anspruch auf dieses erst die Folge des einseitigen Aktes der wirklichen Übertragung des Amtes ist. Vielmehr kann der Bestellung des Klägers zum Beamten der Beklagten nur eben ein bürgerlichrechtlicher Dienstvertrag zugrunde liegen, für dessen Inhalt allerdings die nach § 48 des Gesetzes von der Genossenschaft erlassene Dienstordnung beim Mangel besonderer Vereinbarungen maßgebend ist.“

396. Hat die Vereinbarung der Zuständigkeit eines inzwischen weggefallenen Sondergerichts noch Rechtswirkung? (ZPO. § 38). Urt. vom 19. März 08, V 362/07.

„Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, daß die streitige Räumungsverpflichtung, da sie aus einem Privatrechtstitel, dem Erbzinsvertrage vom 30. Mai 1792, hergeleitet wird, an sich der Entscheidung im Rechtswege unterliegt (ZuständigkeitsG. vom 1. Aug. 1883 § 66 Abs. 3), sofern nicht die von dem Beklagten behauptete Vereinbarung über die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts getroffen ist. Dies verneint jedoch der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit dem Landgericht, indem er den § 3 des Vertrages dahin auslegt, daß die Vertragschließenden mit dieser Bestimmung nur die nach ihrer Ansicht schon gesetzlich begründete Zuständigkeit der Kriegs- und Domänenkammer auch vertragsmäßig hätten zum Ausdruck bringen wollen. Der Berufungsrichter weist darauf hin, daß nach dem Ressort-Reglement vom 19. Juni 1749 (‚was für Justizsachen denen Kriegs- und Domänenkammern verbleiben und welche vor die Justizkollegia oder Regierungen gehören‘, Mylius, Corpus constit. March., Continuatio IV, 163 Nr. 68) die in das öffentliche Interesse einschlagenden Sachen, und insbesondere nach Ziff. 6 ‚alle Polizeisachen, worunter die Aufräumung deren Graben und zu verschaffende Vorflut‘ der Kognition der Kammern privative vorbehalten worden seien, daß für diese Sachen als besondere Gerichte Justizdeputationen bei den Kriegs- und Domänenkammern bestanden (Duesberg in v. Kamptz' Jahrb. 42 S. 14/22) und daß diese Einrichtung auch durch die späteren Prozeßgesetze, insbesondere Einleitung zur AGO. § 1, keine Änderung erlitten hatte, vielmehr zur Zeit des Abschlusses des hier in Rede stehenden Vertrages noch unverändert fortbestand (Oppenhoff, Die Gesetze über die Ressortverhältnisse der Gerichte und Verwaltungsbehörden in Preußen, 2. Aufl. S. 22/23 Anm. 44 zu § 35 der VO. vom 26. Dez. 1808; Löning im Verwaltungsarchiv 2, 281/282 Anm. 120; AGO. I 2 § 130). Der Berufungsrichter führt dann aus, daß die Vertragsparteien mit den Streitigkeiten des § 3 nicht solche über die eben begründete Räumungspflicht, sondern nur Streitigkeiten über das Wann und Wie der Räumung im Auge gehabt hätten, und daß diese Streitigkeiten jedenfalls, als Angelegenheiten polizeilicher Natur (Reglement § 6; Vorflutgesetz vom 15. Nov. 1811 § 10), das öffentliche Interesse berührt und der Zuständigkeit der Kriegs- und Domänenkammern unterlegen hätten.

Bei diesen Ausführungen handelt es sich im wesentlichen um eine Auslegung des Vertrages vom 30. Mai 1792, die ihrerseits wieder auf nicht mehr bestehende und daher der Revision nicht zugängliche Bestimmungen über die damaligen Ressortverhältnisse sich gründet (vgl. RGZ. 5, 417). Einen Verstoß gegen revisible Rechtsnormen enthalten die Ausführungen, die mit dem Urt. des RG. in GruchotsBeitr. 42, 1202 ff. durchaus in Einklang stehen, nicht. Auch wenn der Streit über die Räumungspflicht, wie die Revision geltend macht, von dem über die Ausführung der Räumung im Leben gar nicht oder doch nur schwer zu trennen wäre, und wenn die Vertragsparteien die Absicht gehabt hätten, alle Streitigkeiten, auch die über die Räumungspflicht, der Entscheidung der Kriegs- und Domänenkammer zu unterwerfen, die Kammer an sich aber wegen der privaten Natur des Grabens für die Entscheidung entweder überhaupt oder doch in Beziehung auf die Räumungspflicht nicht zuständig gewesen wäre, würde keinerlei Anhalt für die Annahme eines Schiedsvertrages vorliegen. Insoweit als die Zuständigkeit der Kammer nicht schon gesetzlich begründet war, würde dann im Hinblick auf die ihr beiwohnende Eigenschaft eines Sondergerichts von der Vereinbarung der Zuständigkeit eines Sondergerichts, also von einer Prorogation, nicht aber von einem Kompromiß gesprochen werden können. Mit dem Wegfall des Sondergerichts würde aber auch diese Vereinbarung in Wegfall gekommen sein."

397. **Ermächtigt die Prozeßvollmacht dazu, die Zwangsvollstreckung durch Vergleich zu beseitigen?** (ZPO. § 81). Urt. vom 3. April 08, VII 315/07.

„Wenn das Gesetz den Prozeßbevollmächtigten als zu allen ‚den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen' ermächtigt bezeichnet, ‚einschließlich derjenigen, welche durch . . . die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden', so ist damit deutlich zum Ausdrucke gebracht, daß in den Begriff des ‚Rechtsstreits' hier eben die Zwangsvollstreckung einbezogen sei, diese noch als Teil des Rechtsstreits, der Rechtsstreit als in der Zwangsvollstreckung noch fortdauernd gelten solle. Damit ist die Bedeutung des Wortes ‚Rechtsstreit' für den ganzen Umfang des § 81 festgelegt (vgl. auch Urt. des RG. vom 30. März 1894, JW. 94, 193 Nr. 4). Wenn der Gesetzgeber in demselben Satze, nur in einem anderen Satzteile, die Ermächtigung des Prozeßbevollmächtigten ferner erstreckt auf die ‚Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich', so brauchte nicht wiederum ausgesprochen zu werden, daß auch hier unter ‚Rechtsstreit' die Zwangsvollstreckung mit zu begreifen sei, das verstand sich nach dem vorangehenden Satzinhalte nunmehr von selbst. Hieraus folgt, daß unter ‚Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich' auch zu verstehen ist die Beseitigung der Zwangsvollstreckung durch Vergleich".

398. **Anspruch des in Deutschland wohnenden englischen Staatsangehörigen auf Bewilligung des Armenrechts** (ZPO. § 114 Abs. 2). Beschl. vom 29. Febr. 08, V B 31/08.

„Der Kläger ist englischer Staatsbürger, wohnt aber jetzt in Berlin. Er hat in obenbezeichneter Streitsache um Erteilung des Armenrechts für die Berufungsinstanz nachgesucht, die ihm aber durch den genannten kammergerichtlichen Beschl. vom 19. Dez. 07 deshalb verweigert worden ist, weil nicht ausreichend nachgewiesen sei, daß in England die Gegenseitigkeit verbürgt sei. Gegen diesen Beschluß hat der Kläger Beschwerde eingelegt und er hat zu deren Begründung eine mit Unterschriftsbeglaubigungen des Notars C. und des Deutschen Generalkonsulats in London versehene Bestätigung des Rechtsanwalts an dem obersten Gerichtshof von England, A. S., vom 11. Febr. 08 beigebracht, inhaltlich deren ein Angehöriger des Deutschen Reichs, der in England wohnt, auf Grund der Vorschriften 22—32 von Order 16 der Bestimmungen des Englischen Obersten Gerichtshofs von 1883 genau ebenso wie ein britischer Staatsangehöriger berechtigt ist, im Armenrecht zu klagen oder verklagt zu werden, sofern er den nötigen Nachweis über seine Armut erbringt.

Da hiermit anderweitige neuere Rechtsausführungen im wesentlichen übereinstimmen und den vom deutschen Gesetz abweichenden englischen Vorschriften über die Art der Einreichung und Begründung der Armenrechtsgesuche eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden kann, so muß wenigstens für den Fall, daß der um das Armenrecht nachsuchende englische Staatsangehörige in Deutschland wohnt, verbürgte Gegenseitigkeit i. S. der ZPO. § 114 Abs. 2 als nachgewiesen gelten (vgl. Leske und Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr 1, 679; The international Law Association Report 1906, S. 166 ff.; SeuffA. Bd. 57 Nr. 19). Der vom Kammergericht für seine Armenrechtsverweigerung gegebene Grund kann daher nicht aufrechterhalten werden und der angefochtene Beschluß war somit aufzuheben."

399. Verstoß gegen die richterliche Fragepflicht wegen unterbliebener Anfrage an die beweispflichtige Partei, ob sie den Eid zuschieben wolle, in der Berufungsinstanz (ZPO. §§ 139, 454). Urt. vom 27. Febr. 08, VI 247/07.

„. . . Dagegen kann dem Berufungsrichter in der prozessualen Behandlung des Vergleichs- und Verzichtseinwandes des Beklagten hinsichtlich der Beweisfrage nicht beigetreten werden, und die Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht nach der Sachlage von dem Fragerecht nach ZPO. § 139 hätte Gebrauch machen müssen, ist begründet.

Nach dem Tatbestande des Urteils der ersten Instanz hat der Beklagte nach Erhebung des Zeugenbeweises über die Vorgänge bei der von ihm behaupteten Vergleichsverhandlung sich über die Wahrheit seiner Behauptungen zum richterlichen Eide erboten, das Gericht erster Instanz hat sein Verlangen, zum Eide verstattet zu werden, für gerechtfertigt erachtet und auf einen richterlichen Eid für ihn erkannt. In der Berufungsinstanz befand sich der Beklagte in der Lage, den Standpunkt des ersten Gerichts gegenüber den Angriffen der Klägerin zu verteidigen. Er erbot sich wiederholt zum richterlichen Eide und war, nachdem in der Vorinstanz die Erhebung eines Zeugenbeweises über die streitige Tatsache erfolgt war, dessen Ergebnis dem ersten Richter Veranlassung gegeben hatte, dem Beklagten einen richterlichen Eid anzuvertrauen, zunächst berechtigt, anzunehmen, daß das Berufungsgericht, wenn es die Entscheidung der ersten Instanz nicht billigte, entweder seine Gegnerin zum richterlichen Eide zulassen werde, was im Erfolge einer Eideszuschiebung seinerseits gleichbedeutend war, oder die beweispflichtige Partei nach anderen Beweisen fragen werde. Erachtete das Berufungsgericht die bisherige Beweisaufnahme für gänzlich ergebnislos und für nicht geeignet, als Unterlage für die Zuerkennung eines richterlichen Eides an eine der Parteien zu dienen, und erschien ihm aus diesem Grunde eine vollständig neue Beweisführung für das Einredevorbringen des Beklagten notwendig, so lag darin die von ihm vermißte Veranlassung, die beweispflichtige Partei zu befragen, ob sie andere Beweismittel für ihre Behauptung angeben könne und wolle, da für eine Annahme, der Beklagte *wolle* von dem ihm noch zu Gebote stehenden Beweismittel der Eideszuschiebung keinen Gebrauch machen, kein Grund vorlag, und der Beklagte auf die neue Stellungnahme des Berufungsgerichts zu dem erhobenen Zeugenbeweise nicht vorbereitet sein mußte. Die Vorschrift der ZPO. § 139, nach welcher das Gericht bei der Verhandlung durch Fragen darauf hinzuwirken hat, daß für Tatsachen, die nach der Auffassung des Gerichts des Beweises bedürfen, die Beweismittel bezeichnet werden, erscheint hiernach in der Tat als verletzt (Entsch. des RG. 29, 334; JW. 04, 387 Nr. 14; 06, 114 Nr. 14). Dies gilt um so mehr, als es sich bei der fraglichen Eideszuschiebung, wenngleich der Tatbestand des ersten Urteils von einer solchen nichts erwähnt, nach der Sachlage nicht um ein vollständig neues Beweismittel handelte. Nicht nur war sie in einem vorbereitenden Schriftsatze der ersten Instanz angekündigt worden, sie muß auch in der Verhandlung vom 17. Sept. 06, auf die der Be-

schluß auf Erhebung des Zeugenbeweises erging, wirklich erfolgt sein, da der vernommene Zeuge gegenbeweislich, zur sog. Gewissensvertretung (ZPO. § 453), von der Klägerin benannt wurde, was einen Beweisantritt durch Eidesbeweis von der Gegenseite voraussetzt; eine Befragung nach der Wiederholung der Eideszuschiebung gemäß ZPO. § 454 war daher am Platze und geboten . . ."

400. Kein notwendiger Zusammenhang, wenn in mehreren Prozessen auf Löschung von Teilen derselben Hypothek geklagt ist (ZPO. § 148). Beschl. vom 5. Febr. 08, V B 19/08.

„Durch den angefochtenen Beschluß ist die Verhandlung des Rechtsstreites in der Berufungsinstanz bis zur Erledigung des Rechtsstreits derselben Parteien 5 O 162/06 ausgesetzt worden. Die Beschwerde des Klägers und Berufungsbeklagten hierüber ist begründet. Ein Grund zur Aussetzung der Verhandlung liegt nicht vor. Nach der Feststellung im erstinstanzlichen Urteile hat zwar die Klage in dem Rechtsstreite 5 O 162/06 ebenfalls die Verurteilung des Beklagten zur Löschungsbewilligung bezüglich der für ihn auf dem Grundstücke des Klägers eingetragenen Hypothek für die Restforderung aus einem Bauvertrage von 9500 ℳ zum Gegenstande; aber während vorliegend die Löschung des am 29. Februar 1904 vom Kläger bezahlten Teilbetrags von 500 ℳ verfolgt wird, verlangt der Kläger in jenem Rechtsstreite Löschung des andern Teils der Hypothek von 9000 ℳ deswegen, weil der Beklagte den Bau mangelhaft ausgeführt habe und ihm daher eine Forderung nicht zustehe. Es handelt sich daher in den beiden Prozessen um ganz verschiedene Ansprüche und ist die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht i. S. der ZPO. § 148 von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängig, das den Gegenstand des anderen Rechtsstreites bildet. Hiernach ist die Aussetzung der Verhandlung ungerechtfertigt und kann dahingestellt bleiben, ob nicht auch dann, wenn bereits in dem anderen Rechtsstreite der vorliegend geltend gemachte Anspruch erhoben wäre, die Aussetzung unzulässig sein würde und der Berufungsrichter lediglich über den vom Beklagten erhobenen Einwand der Rechtshängigkeit zu entscheiden hätte (RGZ. 3, 403; JW. 02 S. 359 Nr. 6) . . ."

401. Keine Beschwerde gegen Ablehnung des Antrags auf Verlegung des Termins auf einen späteren Tag (ZPO. §§ 227 Abs. 2, 225 Abs. 3). Beschl. vom 5. Febr. 08, I B 9/08.

„. . . Die Beschwerde ist unzulässig. Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung (ZPO. § 227 Abs. 2). Eine entsprechende Anwendung ist nur möglich, wenn die Terminsverlegung eine Verlängerung der Frist in sich schließen würde, also im Falle der Verlegung des Termins auf einen späteren Tag (vgl. RGZ. 55, 100). Dies bezweckt der Antrag der Beklagten vom 22. Januar 08, dem das Oberlandesgericht durch die Verlegung des Termins vom 27. Januar auf den 10. Februar nicht in dem mit Rücksicht auf die schwere Erkrankung des Geschäftsführers der Beklagten gewünschten Umfange entsprochen hat, und bei dessen Ablehnung es daher insoweit verblieben ist. Gegen die Zurückweisung des Antrages auf Verlegung des Termins im bezeichneten Sinne würde, da über das Gesuch um Verlängerung einer Frist ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, an sich nach der Regel der ZPO. § 567 die Beschwerde gegeben sein, sie ist jedoch durch die Vorschrift der ZPO. § 225 Abs. 3 ausgeschlossen, weil hiernach eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, nicht stattfindet (vgl. RGZ. 62, 108) . . ."

402. Verlegung eines Schreibens, das den Auftrag zur Berufung enthält, im Bureau der Rechtsanwälte zweiter Instanz. Ist ein unabwendbarer Zufall anzunehmen, wenn infolgedessen die Berufungsfrist

versäumt ist? (ZPO. §§ 233, 232 Abs. 2). Urt. vom 19. März 08, V 343/07.

„Der zulässigen Revision war der Erfolg zu versagen. Die Berufungsfrist ist versäumt und die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist vom Berufungsgericht mit Recht versagt, auch wenn die zur Begründung der Wiedereinsetzung angeführten Tatsachen für glaubhaft gemacht zu erachten sind. Denn diese Tatsachen rechtfertigen nicht, wie die Beklagten meinen, die Feststellung, daß sie durch einen unabwendbaren Zufall verhindert worden sind, die Notfrist einzuhalten. Die Bestimmung des Begriffes ‚unabwendbarer Zufall', von der das Kammergericht ausgeht, ist vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten und ist auch von der Revision nicht beanstandet. Mit Recht hat das Kammergericht auch die Frage, ob in diesem Sinne eine Behinderung an der Wahrung der Notfrist durch einen unabwendbaren Zufall stattgefunden hat, insofern die Beklagten in ihren Prozeßbevollmächtigten Vertreter hatten, aus deren Person heraus untersucht und beantwortet (ZPO. § 232 Abs. 2). Der in dieser Beziehung von der Revision vertretenen Ansicht, daß die zweitinstanzlichen Anwälte der Beklagten deren Vertreter erst durch die Annahme des Auftrages (am 14. Febr. 07) geworden seien, ist entgegenzuhalten, daß unter Vertretern i. S. des § 232 Abs. 2 Personen mit Vertretungsmacht zu verstehen sind, daß eine Vertretungsmacht jener zweitinstanzlichen Anwälte aber nicht erst durch die Annahme des Auftrages, also durch den Abschluß des ihr Verhältnis zu den Beklagten bestimmenden Dienstvertrages, sondern schon dadurch begründet ist, daß ihnen der die Vollmachtserteilung enthaltende Auftrag zuging (BGB. §§ 167, 130; Planck Anm. 2 zum § 167), und daß dies geschehen ist, als das Auftragschreiben vom 6. Febr. 07 in ihrem Bureau einging (vgl. RGZ. Bd. 50 Nr. 40 auf S. 194; Bd. 60 Nr. 78 auf S. 336). Es kann dies indes dahingestellt bleiben; denn die Ablehnung der Wiedereinsetzung wird ausreichend gerechtfertigt schon dadurch, daß seitens der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten nicht die äußerste nach den Umständen des Falles angemessener- und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt aufgewandt worden ist, um einen solchen Zufall wenn auch nicht selbst, so doch in seiner nachteiligen Folge, eben der Versäumung der Notfrist, abzuwenden, und daß bei Anwendung solcher Sorgfalt durch diese Vertreter der Beklagten diese nachteilige Folge auch vermieden worden oder doch zu vermeiden gewesen wäre. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten die rechtzeitige Ausführung des erst acht Tage vor Ablauf der Berufungsfrist erteilten Auftrages zur Einlegung des Rechtsmittels hätten kontrollieren müssen (vgl. RG. in JW. 89, 525/26 und 97, 133 unter 7). Hätten sie dies getan, so hätte die Verlegung ihres Auftragschreibens die Fristversäumung nicht zur Folge gehabt. Diese Folge wäre aber nach der eigenen Darstellung der Beklagten im Wiedereinsetzungsgesuch auch dann nicht eingetreten, wenn die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten, was bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt geschehen wäre, die Unstimmigkeit zwischen dem Datum der Zustellungsbescheinigung (ZPO. § 198 Abs. 2 Satz 2) und dem darin angegebenen Tage der Zustellung erkannt und den letzteren richtig notiert und den zweitinstanzlichen Anwälten auf deren Anfrage am 13. Febr. 07 richtig angegeben hätten. Hiermit allein schon steht fest, daß der in der Verlegung des Auftragschreibens zu findende Zufall jedenfalls kein ‚unabwendbarer' war. Daß die Versäumung der Notfrist nichtsdestoweniger auf diesen Umstand mit zurückzuführen ist, daß er, wie es in der Revisionsbegründung heißt, ‚die Kette des ursächlichen Zusammenhanges erst geschlossen hat', kann gleichfalls zugegeben werden. Es ist das nach dem Ausgeführten aber nicht entscheidend und macht den miturſächlichen Zufall auch nicht zu einem i. S. der ZPO. § 233 unabwendbaren Zufall (vgl. Gaupp-Stein Anm. II 1 zum § 233; RGZ. 3, 121 a. E.). Die Berufung ist danach durch das angefochtene Urteil mit Recht als unzulässig verworfen."

403. Interesse an alsbaldiger Feststellung eines Rechtsverhältnisses, auch wenn die Feststellungsklage hätte schon früher erhoben werden können (ZPO. § 256). Urt. vom 29. Jan. 08, I 121/07.

„Der Kläger behauptet, seit 1899 Gesellschafter des Beklagten zu sein; vom Beklagten wird der Abschluß des Gesellschaftsvertrages bestritten. Welche Ansprüche, wenn Kläger mit seiner Behauptung recht hat, aus dem Vertrage für ihn entstanden sind, läßt sich zurzeit noch nicht überblicken. Unter diesen Umständen hat er ein rechtliches Interesse daran, daß das behauptete Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Aber auch daran ist er interessiert, daß die Feststellung ‚alsbald' geschieht. Mit diesem Wort der ZPO. § 256 hat nur ausgedrückt werden sollen, daß das Interesse ein gegenwärtiges sein muß, nicht erst möglicherweise in der Zukunft erwachsen darf (vgl. Reichsgerichtsentscheidungen in JW. 95, 238 Nr. 3 und die Kommentare zur ZPO. — § 256 — von Gaupp-Stein III 2; Petersen Bem. 14b). Ist das Feststellungsbedürfnis durch die Gestaltung der Gegenwart geschaffen, so bleibt es, solange keine Änderung in den Verhältnissen eintritt, bis zur Befriedigung bestehen. Dies verkennen die Vorinstanzen, wenn sie eine Aufklärung darüber vermissen, warum nicht schon vor sechs oder sieben Jahren Klage erhoben ist. Eine solche Frage darf überhaupt nicht aufgeworfen werden. Die Sache liegt anders als bei dem Provisorium der ZPO. § 940, das nur erlassen werden darf, wenn es aus irgend welchen Gründen ‚nötig erscheint'. Es läßt sich verteidigen (so Gaupp-Stein § 940 Ib), daß bei unbeanstandeter Dauer eines Zustandes der außerordentliche Rechtsbehelf einer abändernden einstweiligen Verfügung unzulässig ist. Auf das Urteil des Feststellungsprozesses ist dies keinesfalls zu übertragen."

404. Wie ist über die negative Feststellungsklage zu entscheiden, wenn der bestrittene Anspruch teilweise bewiesen ist? (ZPO. § 256). Urt. vom 7. Febr. 08, III 370/07.

„Die Rüge der Verletzung der ZPO. § 256 ist nicht berechtigt. Wie das Berufungsgericht annimmt, hat Kläger und Widerbeklagter den Beweis erbracht, daß außer der bis zum 3. Juli 1906 bezahlten und der durch rechtskräftiges Urteil vom 12. Juli 06 zugesprochenen Ersatzforderung ihm aus der Zeit nach dem 15. Mai 1905 noch ein weiterer Schadensersatzanspruch gegen die Widerklägerin erwachsen ist. Dieser Beweis schließt die begehrte Feststellung, daß außer den beiden zuerst benannten Forderungen dem Widerbeklagten weitere Ansprüche auf Schadensersatz nicht zustehen, ohne weiteres aus, die Abweisung der Feststellungsklage bedingend. Die Ermittlung des Schadensersatzanspruches seinem Betrage nach zwecks Feststellung, daß über solchen hinaus eine Ersatzforderung nicht besteht, beziehungsweise die Feststellung, daß zu einem bestimmten Teil der Anspruch nicht besteht, liegt nicht im Bereich der richterlichen Aufgabe, solange in entsprechender Weise der auf Aberkennung jeglichen Anspruchs gerichtete Antrag seitens des die Feststellung betreibenden Klägers nicht eingeschränkt ist. Dem unbegründeten allgemeinen Ausspruch bei der negativen Feststellungsklage einen für begründet erachteten aber nicht geforderten engern Ausspruch zu substituieren, muß, wie im angefochtenen Urteil mit Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Entsch. vom 24. Juni 84 zutreffend ausgeführt ist, als prozessual unzulässig erachtet werden. Hiermit steht das von der Revision angezogene Urt. des RG. vom 9. Nov. 06 (JW. 06, 809) nicht in Widerspruch. Ein Anspruch bestimmbaren Inhalts aus der Zeit nach dem 15. Mai 1905 hat das Berufungsgericht festgestellt."

405. Zum Begriff der Klagänderung (ZPO. §§ 264, 268). Urt. vom 2. März 08, VI 265/07.

„Mit Recht beschwert sich dagegen die Revision darüber, daß das Berufungsgericht die Einrede der Klagänderung für begründet angesehen hat.

Wie es selbst nicht verkennt, hat der Kläger neue Tatsachen in der Berufungsinstanz nicht vorgebracht; er hat vielmehr nur seiner Ansicht Ausdruck gegeben, daß die von ihm bereits in der ersten Instanz vorgetragene Abrede, daß er, wenn er die Grundstücke kaufe, dem Beklagten gegenüber verpflichtet sei, die von diesem an F. & H. zu zahlende Provision an diese aus eigenen Mitteln zu zahlen, ‚schlimmstenfalls als ein Vertrag dahin aufzufassen sei', daß der Kläger zur Zahlung der Provision an die Genannten verpflichtet sein solle, falls der Beklagte von den Grundstücksverkäufern keine Provision erhalten werde, daß dieser sie aber anderenfalls selbst tragen müsse. Er hat daher dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung, den er in der ersten Instanz dem Klaganspruch zugrunde gelegt hatte, bezüglich eines Teiles dieses Anspruchs in zweiter Instanz lediglich einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt beigefügt, nämlich den, daß er auf Grund des bereits in der ersten Instanz geltend gemachten Vertragsverhältnisses berechtigt sei, von dem Beklagten den Betrag ersetzt zu verlangen, den er in der Voraussetzung, daß der Beklagte von den Verkäufern des Grundstücks keine Provision erhalten werde, an F. & H. behufs Erfüllung der diesen gegen den Beklagten zustehenden Forderung gezahlt habe. Hiernach liegt eine Klagänderung nicht vor."

406. Einwand des Eisenbahnfiskus, gegen den eine Klage aus Eigentum erhoben ist, daß es sich in Wahrheit um eine polizeiliche Verfügung handle, über deren Rechtmäßigkeit die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu entscheiden hätten, als Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs (ZPO. § 274 Abs. 2 Nr. 2). Urt. vom 22. Febr. 08, V 427/07.

Der Klagantrag geht dahin, daß sich der Beklagte der Herstellung solcher Anlagen enthalten solle, durch die die Abwässer von seinen Bahnanlagen und sonstigen Grundstücken den Grundstücken des Klägers zugeführt würden. Der Beklagte hat unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs erhoben, weil es sich um Anlagen handle, die aus Anlaß von Bahnumbauten erforderlich seien und der landespolizeilichen Prüfung unterlegen hätten.

Aus den Gründen:

„Zu einer Einschränkung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges in dem Sinne, daß dafür nur der Klagevortrag und Klagegrund maßgebend sei, gibt das Gesetz keinen Anhalt. Wenn sich nicht schon aus der Klage die von Amts wegen zu berücksichtigende Unzulässigkeit des Rechtsweges ergibt, so muß es doch dem Gegner unbenommen bleiben, die von ihm erhobene prozeßhindernde Einrede durch den Nachweis zu begründen, daß die aus einem privatrechtlichen Grunde, insbesondere dem Eigentum erhobene Klage sich in Wahrheit gegen eine polizeiliche Verfügung oder sonstige öffentlichrechtliche Anordnung richtet, über deren Rechtmäßigkeit nur die Verwaltungsbehörde oder die Verwaltungsgerichte zu befinden haben. Wird, wie im vorliegenden Fall, die Existenz der behaupteten Anordnung bestritten, so ist darüber Beweis zu erheben und von dessen Ausfall die Entscheidung über die zunächst allein im Streit stehende Einrede abhängig zu machen. Die Meinung des Berufungsrichters, der von dem Beklagten erhobene Einwand, daß es sich um eine polizeilich geprüfte Anlage handle, betreffe schon die Sache selbst, da er aus materiell rechtlichen Gründen zur Abweisung der Klage führen müsse, ist irrig und steht mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. 31, 285, insbesondere 289; 59, 72; 62, 131; JW. 93, 508) in Widerspruch."

407. Ist der Nachweis besonderen rechtlichen Interesses Voraussetzung der Inzidentfeststellungsklage? (ZPO. § 280). Urt. vom 17. März 08, III 328/07.

„Gegen dieses Urteil erhebt die Revision zwei Angriffe, zunächst den Angriff, die prozessuale Zulässigkeit der Inzidentfeststellungsklage sei zu Unrecht

angenommen, weil das Interesse des Klägers an dem streitigen Rechtsverhältnis sich im Hauptprozesse erschöpfe. Der § 280 ZPO. sagt aber — gerade im Gegensatz zu § 256 ZPO. — nichts davon, daß die Inzidentfeststellungsklage von dem Nachweise eines besonderen rechtlichen Interesses abhängig sei, ihre Voraussetzungen sind vielmehr nur, daß das betreffende Rechtsverhältnis im Laufe des Rechtsstreits streitig geworden und daß es für die Entscheidung des Hauptprozesses ganz oder teilweise präjudiziell ist, was unzweifelhaft hier vorliegt. Der § 280 cit. soll nach seiner Entstehungsgeschichte den Parteien innerhalb seines Rahmens einen Ersatz für den Fortfall der früher angenommenen Rechtskraft der sog. Elemente des Urteils bieten; er fällt daher nur fort, wenn ohnehin über das Rechtsverhältnis eine der Rechtskraft fähige Entscheidung im Hauptprozeß ergehen muß."

408. Feststellung geschichtlicher Vorgänge (ZPO. § 286). Urt. vom 6. Febr. 08, IV 278/07.

„... Die Frage, zu welcher Zeit und in welchem Umfange, insbesondere auch im Ordensgebiete, die fridericianische Kolonisation im Warthe- und Netzebruche stattgefunden hat, gehört der allgemeinen Geschichte an. Für die Beantwortung solcher Fragen darf der Prozeßrichter auch ohne besonderes Beweisanerbieten der Parteien und unter Absehen von dem angebotenen Material selbständig zur Bildung seines Urteils alle vorhandenen wissenschaftlichen Hilfsmittel zu Rate ziehen. Insoweit sind Schranken durch die ZPO. § 286 überhaupt nicht gezogen ..."

409. Verwertung von Parteierklärungen in einem früheren Prozesse. (ZPO. § 286 Abs. 1). Urteil vom 18. Febr. 08, VII 215/07.

„In Frage kann nur kommen, ob sonstige Vorschriften des Prozeßgerichts, insbesondere ZPO. § 286 Abs. 1 verletzt sind. In dieser Hinsicht macht die Revision zunächst geltend, daß der Berufungsrichter die Darstellung des Klägers über die Entstehung seiner Forderung gegen die Eltern in dem Vorprozesse für glaubhaft erachtet habe. Darin liegt indessen kein prozessualer Verstoß; der Berufungsrichter war nicht gehindert, zur Bildung seiner Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung des Klägers auch dessen Erklärungen in einem früheren Prozesse zu berücksichtigen."

410. Verwertung der Angaben einer Partei gegen sie selbst auf Grund freier Beweiswürdigung, ohne daß die Gegenpartei entsprechende Behauptungen aufgestellt hätte. (ZPO. § 286). Urt. vom 14. Febr. 08, III 236/07.

„Wenn die Revision ferner geltend macht, das Berufungsgericht habe bei seiner Prüfung der Frage, ob dem Kläger ein Schaden entstanden sei, eine Reihe von Umständen gewürdigt und als Beweisgründe benutzt, die nicht zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht, ja nicht einmal vom Beklagten behauptet worden seien, so ist auch diese Beschwerde ungerechtfertigt. Nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung war das Berufungsgericht nicht gehindert, aus der Art der vom Kläger aufgestellten Schadensberechnung und aus der Höhe der von ihm herausgerechneten Mietsüberschüsse unter Berücksichtigung seiner eigenen Kenntnis der einschlägigen örtlichen Verhältnisse den Schluß zu ziehen, daß der Kläger bei seiner Schadensberechnung nicht berücksichtigt habe, daß es sich um eine noch nicht völlig regulierte Straße in einer Gegend, in der erst vereinzelt Häuser erbaut seien, handelte und daß, selbst wenn in einer solchen Gegend sich einzelne Wohnungen vermieten ließen, die Mietseinnahmen doch nicht von vornherein den vom Kläger zugrunde gelegten entsprächen. Der Aufstellung entsprechender Behauptungen von seiten

des Beklagten bedurfte es nicht, eben weil diese Schlüsse im Wege der Würdigung der eigenen Behauptungen des Klägers in tatsächlicher Beziehung auf Grund der eigenen Sachkenntnis des Gerichts gezogen worden sind. Das gleiche gilt von der Bemängelung des Schlusses, den das Berufungsgericht aus der Tatsache des Verkaufes der Grundstücke an S. gezogen hat. Das Verfahren des Berufungsgerichts enthält daher so wenig hier eine Verletzung der ZPO. § 137 oder der sogenanten Verhandlungsmaxime, wie eine solche darin liegt, daß es nicht als erwiesen ansieht, daß der Kläger, nachdem festgestanden habe, daß er in der geplanten weitgehenden Weise die Grundstücke nicht habe bebauen dürfen, deren Bebauung nach der Bauklasse C vorgenommen hätte, obwohl der Beklagte selbst keine dem entsprechende Behauptung aufgestellt hatte. Denn auch hierbei handelte es sich lediglich um einen von dem Berufungsgerichte gemäß ZPO. § 286 gezogenen Schluß aus festgestellten Tatsachen."

411. Umfang der Pflicht zur Urteilsbegründung. (ZPO. § 286). Urt. vom 29. Febr. 08, V 293/07.

„ZPO. § 286 verpflichtet das Gericht nur zur Darlegung der leitenden Gesichtspunkte, die für die Bildung seiner Überzeugung maßgebend gewesen sind. Einer erschöpfenden Erörterung aller Einzelheiten bedarf es nicht; es genügt vielmehr, wenn die Meinung des Gerichts, daß dem nicht besonders Erörterten keine Bedeutung für die Beweisfrage zukomme, erkennbar aus den Urteilsgründen hervorgeht, also die Annahme, daß das Gericht die fraglichen Tatsachen oder Beweisanträge übersehen habe, als ausgeschlossen gelten muß. Dies trifft im vorliegenden Falle zu. Denn der Berufungsrichter hat am Schluß seiner Urteilsgründe in einer zwar allgemein gehaltenen, aber ausreichenden Bemerkung seiner Überzeugung, daß es auf die angebotenen und unberücksichtigt gelassenen Beweise nicht ankomme noch besonders Ausdruck gegeben."

412. Grundsätze für die Bemessung des Schadensersatzes bei einer Verletzung, die ein selbständiger Gewerbetreibender erlitten hat (ZPO. § 287). Urt. vom 2. März 08, VI 221/07.

„In der Schätzung eines eingetretenen und zu versetzenden Schadens ist das Gericht nach ZPO. § 287 berechtigt, sein freies Ermessen walten zu lassen. Dieses Ermessen soll aber ein vernünftiges sein und es endet da, wo es zur Willkür wird (JW. 04, 574 Nr. 6), und eine Schätzung des Schadens, die auf vollständig unschlüssigen Unterlagen beruht, wird durch ZPO. § 287 nicht gedeckt. Eine Schadensschätzung, bei der schablonenhaft, ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände und der persönlichen Verhältnisse des Verletzten die prozentualen Sätze, die der ärztliche Sachverständige als das Maß der Minderung der physischen Arbeitskraft infolge der erlittenen Verletzung angegeben hat, auf der Grundlage des ermittelten Erwerbseinkommens des Beschädigten vor dem Unfalle in die Berechnung des Schadens eingerückt werden, dergestalt, daß die gleichen prozentualen Sätze dieses Einkommens als der zu ersetzende Schaden hingestellt werden, würde dem vernünftigen Ermessen, das ZPO. § 287 im Auge hat, nicht entsprechen. Bei einem Arbeiter werden die physische Arbeitskraft und der Arbeitsvertrag regelmäßig in einem festen Verhältnis zueinander stehen. Bei einem selbständigen Gewerbetreibenden gilt dies nicht ebenso. Zwar wird als einer der zu berücksichtigenden Faktoren für die Berechnung des Schadensersatzes die Höhe der gewerblichen Einnahmen des Verletzten vor dem Eintritte des Schadens immer in Betracht kommen, da die zuzusprechende Entschädigung zu dieser in einem richtigen Verhältnisse stehen muß; daneben kommen aber auch andere Umstände in Betracht und der Schaden, den der verletzte selbständige Gewerbetreibende durch eine Verletzung erlitten hat, kann hinter den prozentualen Sätzen des Verlustes an physischer Arbeitskraft nach Lage des einzelnen Falles weit zurückbleiben,

andererseits auch sie übersteigen. Zur Bereicherung soll ein Schadensersatz nicht dienen; und wenn der eingetretene Schaden beispielsweise durch Annahme einer gewerblichen Hilfskraft ausgeglichen wird, ist mit der Erstattung der Kosten für diese Hilfskraft der wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit zu leistende Schadensersatz erschöpft. Im gegebenen Falle ist die Sachlage nun so, daß der Ausfall der Arbeitskraft des Klägers in dem Betriebe des Schlächtereigewerbes auch während der Zeit der vollständigen Erwerbsunfähigkeit des Klägers durch die Annahme einer Hilfskraft hätte ersetzt werden können. Dagegen muß angenommen werden, daß im Betriebe des Viehhandels, bei dem es auf die persönliche Geschäftserfahrung des Händlers wesentlich ankommt, ein Ersatz des Klägers durch eine Hilfskraft ausgeschlossen erschien, so daß in dem Maße, in dem der Kläger physisch in eigener Erwerbstätigkeit behindert war, auch ein Ausfall in den gewerblichen Einnahmen anzusetzen ist. Der Betrieb des Viehhandels, wie ihn der Kläger ausgeübt hat, erfordert zudem häufige Reisen, die durch den krankhaften Zustand des Klägers unter Umständen vollständig ausgeschlossen sein konnten und können, so daß der Erwerbsverlust aus dem Viehhandel selbst jenes prozentuale Verhältnis zeitweise übersteigen kann. Wenn bei dieser Sachlage das Berufungsgericht das letztere im Durchschnitt für das Maß des Erwerbsverlustes des Klägers im ganzen aus den beiden von ihm betriebenen Gewerben seiner Schätzung zugrunde gelegt hat, so kann ihm hierin nicht entgegengetreten und eine Verletzung des § 287 ZPO. nicht angenommen werden."

413. **Beweiskraft des Sitzungsprotokolls gegenüber dem Tatbestande des Urteils. Der Einwand, daß der eingeklagte Schadensersatzanspruch gegen den haftpflichtigen Dritten auf eine Berufsgenossenschaft übergegangen sei, ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erheben** (ZPO. §§ 314, 313 Nr. 3, 160, 164, 304; GewUVersG. § 140). Urt. vom 16. März 08, VI 228/07.

„Der erste Angriff der Revision ist insofern begründet, als der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, auf den das Urteil des Berufungsgerichts verweist, einen auf eine der Höhe nach bestimmte Leistung gerichteten Antrag und ein Klagevorbringen, das diesem Antrage entspräche, nicht enthält, nach diesem Tatbestande vielmehr die Kläger beantragt, haben ‚unter Entscheidung vorerst nur zum Grunde, die Beklagte zum Ersatz des ihnen durch den Tod ihres Ernährers entstandenen Schaden zu verurteilen'. Entweder ist nun ein der Höhe nach bestimmter (bezifferter) Antrag nicht gestellt; dann verstößt das Urteil des Landgerichts und mit ihm das des Berufungsgerichts in der Tat gegen ZPO. § 304, das einen nach Grund und Betrag streitigen und deshalb einen in der erörterten Weise bestimmten Antrag voraussetzt (RGZ. 60, 313; JW. 05 S. 27 Nr. 36, S. 178 Nr. 24; 06 S. 313 Nr. 21, S. 339 Nr. 20); oder das Urteil gibt den gestellten Antrag nicht wieder; dann verletzt es die Bestimmung der ZPO. § 313 Ziff. 3. In Wirklichkeit liegt nicht der erstere Fall vor, dessen Annahme dem Revisionsangriffe zugrunde liegt, sondern der letztere; denn, wie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 06 ergibt, auf welche das Urteil der ersten Instanz ergangen ist, ist in der Verhandlung der auf Zahlung einer ziffermäßig bestimmten Rente gerichtete Antrag der Klageschrift, nicht ein allgemeiner Schadenfeststellungsantrag, wie ihn der Tatbestand des Urteils fälschlicherweise wiedergibt, verlesen worden. Dieser Mangel des Urteilstatbestandes gebietet nun die Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht, da für die Feststellung der Anträge das Protokoll nach den Bestimmungen der ZPO. §§ 160, 164, 297 maßgebend und gegenüber dem abweichenden Urteilstatbestande beweisend ist.

Dagegen konnte das Urteil des Berufungsgerichts mit Rücksicht auf die weitere Rüge der Revision nicht aufrecht erhalten werden. Die Beklagte hat bereits in erster Instanz geltend gemacht, daß der Getötete den Unfall in einem gewerblichen Dienstverhältnisse erlitten habe und die Kläger deshalb nach Maß-

gabe des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes eine Rente von der gewerblichen Berufsgenossenschaft beziehen. Das Landgericht hat dieses Vorbringen lediglich auf die Höhe des eingeklagten Schadens sich beziehend erachtet und das Berufungsgericht hat es dabei belassen. Diese Annahme ist rechtsirrtümlich. Nach Maßgabe des GewUVersG. § 140 geht der den versicherungsberechtigten Personen gegen dritte Urheber des Schadens zustehende Schadensersatzanspruch im Umfange der Versicherungsleistungen auf die Berufsgenossenschaft über und dieser Übergang findet, wie vom erkennenden Senat in dem Urteile RGZ. 60, 200 ausgesprochen worden ist — ebenso die Urteile JW. 06, 686 Nr. 7; 07, 753 Nr. 28 — alsbald mit der Entstehung des Schadensersatzanspruches statt. Den Klägern fehlt daher die Legitimation, soweit die Versicherungspflicht reicht, den Schadensersatzanspruch gegen den haftpflichtigen Dritten ferner für sich geltend zu machen, ihr Anspruch ist auf eine andere Person über- und dadurch für sie im Umfange der Versicherungsleistungen untergegangen. Deshalb betrifft die Frage, ob ein solcher Übergang auf die Berufsgenossenschaft stattgefunden hat, nicht lediglich die Höhe, sondern den Grund des Anspruchs und sie muß in dem Verfahren über den letzteren zur Erörterung und Feststellung gebracht werden (RGZ. 63, 337; JW. 05, 27 Nr. 36; 06 S. 172 Nr. 18, S. 173 Nr. 19, S. 686 Nr. 7); der Einwand, daß ein solcher Übergang stattgefunden habe, kann in dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs nicht nachgebracht werden. Die Gerichte der Vorinstanzen scheinen von der Auffassung ausgegangen zu sein, daß die Bestimmung des § 4 des für den vorliegenden Schadensersatzfall zur Anwendung kommenden Reichshaftpflichtgesetzes den Einwand erledige und hiernach die Versicherungsrente auf den Schadensersatzanspruch einzurechnen sei; diese Bestimmung ist aber für die Anwendungsgebiete der Unfallversicherungsgesetze ausgeschaltet und durch Sonderbestimmungen ersetzt und greift nur noch Platz für die nicht durch die genannten Gesetze in den Kreis der Versicherten einbezogenen Beschädigten."

414. Auslegung des Ausdrucks im Tatbestand, daß auf Urkunden „Bezug genommen" werde. (ZPO. §§ 313 Nr. 3, 128). Urt. vom 27. Febr. 08, VI 233/07.

„Ebensowenig Erfolg kann der andere prozessuale Angriff haben, der dahin ging, durch die Berücksichtigung gewisser Stücke der beigezogenen Strafakten bei der tatsächlichen Beurteilung sei das Mündlichkeitsprinzip, also der ZPO. § 128, verletzt. Auf diese Stücke ist im Tatbestande des Berufungsurteils ausdrücklich ‚Bezug genommen', und eine solche Bezugnahme ist im Zweifel dahin zu verstehen, daß der Inhalt der betreffenden Urkunden vorgetragen worden sei."

415. Es ist kein Antrag auf Ergänzung des Urteils i. S. ZPO. § 321, wenn nach erfolgter Vorabentscheidung über einzelne Klagansprüche die Erledigung noch nicht abgeurteilter anderer Klagansprüche beantragt wird. (ZPO. §§ 321, 304). Urt. vom 8. Febr. 08, V 211/07.

„ZPO. § 321 hat, wie der darin gebrauchte Ausdruck ‚Endentscheidung' (vgl. ZPO. § 300 Abs. 1) ergibt, Urteile im Auge, die nach dem Willen des erkennenden Gerichts die Instanz zum Abschluß bringen sollen, in Wirklichkeit jedoch diese Wirkung nicht haben, weil sie in bezug auf die Sachentscheidung oder in bezug auf den Kostenpunkt objektiv unvollständig sind. Von einer solchen Unvollständigkeit kann bei einem Zwischenurteil aus § 304, das begriffsnotwendig ein weiteres (Schluß-)Urteil über den Anspruchsbetrag voraussetzt, keine Rede sein. Wie es anerkannten Rechtens ist, daß der Kläger trotz des Erlasses einer Vorabentscheidung befugt bleibt, im weiteren Verlaufe des Instanzverfahrens den ihm dem Grunde nach zuerkannten Anspruch über den bisher geforderten Betrag hinaus gemäß ZPO. § 268 Ziff. 2 zu erweitern, so muß er auch als berechtigt angesehen werden, bis zum Abschluß der Instanz auf die Erledigung noch nicht abgeurteilter Ansprüche anzutragen, ohne hierbei

durch die Fristbestimmung ZPO. § 321 eingeschränkt zu sein. Danach ist die Meinung des Berufungsrichters, es sei für eine sachliche Entscheidung über den Klageantrag II 1 im gegenwärtigen Prozeß kein Raum mehr, irrig. Letzteres träfe nur dann zu, wenn es richtig wäre, daß Kläger durch das Urteil vom 2. Dez. 05 mit seinem erwähnten Antrage abgewiesen worden sei. Das ist aber, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, nicht der Fall. Allerdings ergeben die Gründe jenes Urteils, daß das Gericht den fraglichen Anspruch für sachlich unbegründet gehalten hat. Eine dem entsprechende Entscheidung ist indessen damals nicht ergangen. Sie wäre nur in der Form eines mit der Vorabentscheidung zu verbindenden Teilurteils möglich gewesen. Der Urteilsinhalt läßt jedoch keinen Zweifel darüber, daß der Erlaß eines gleichzeitigen Teilurteils nicht in der Absicht des Gerichts lag, letzteres vielmehr nur eine Vorabentscheidung hat erlassen wollen. Damit stimmt auch die Fassung der Urteilsformel überein, die nur zuerkennt und für eine Auslegung, daß auch etwas hat aberkannt werden sollen, keinen Anhalt gewährt. Hiernach ist der erste Richter bei seinem später erlassenen Teilurteil vom 24. Okt. 06 mit Recht davon ausgegangen, daß der Klageantrag II 1 noch einer sachlichen Erledigung bedürfe. Seine Entscheidung leidet aber an dem Fehler, daß er auf Grund der irrigen Annahme, der Anspruch sei bereits (seinem Grunde nach) dem Kläger rechtskräftig zuerkannt worden, sich einer Prüfung, ob der Anspruch überhaupt besteht, für überhoben erachtet und lediglich die nach seiner Meinung aus der rechtskräftigen Feststellung sich ergebenden Konsequenzen gezogen hat. Diesen Mangel hätte der Berufungsrichter, vor dem der Rechtsstreit in der durch das erstinstanzliche Teilurteil gegebenen Begrenzung erneut verhandelt worden ist, beseitigen müssen. Da dies nicht geschehen ist, unterliegt das Berufungsurteil gemäß ZPO. § 565 der Aufhebung."

416. **Erstreckt sich die Rechtskraft eines Urteils auch auf einen Anspruch, mit dem aufgerechnet und wegen dessen Widerklage erhoben ist, wenn die Klage infolge der Aufrechnung abgewiesen, über die Widerklage aber nicht entschieden ist?** (ZPO. § 322). Urt. vom 28. Jan. 08, III 361/07.

„Die Revision ist zulässig. Durch das Teilurteil des Berufungsgerichts vom 4. Juli 06 war nur über die Ansprüche des Klägers, und zwar auch nur insoweit entschieden worden, als dieser mit seiner Geldforderung in Höhe von 3098 ℳ 6 ₰ nebst 4 v. H. Zinsen seit dem 2. Juli 00 und mit seinem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, die Verbreitung der Druckschrift vom 25. Okt. 99 oder eines Teiles ihrer zu unterlassen, abgewiesen wurde. Über die Ansprüche des Beklagten war durch jenes Urteil überhaupt noch keine Entscheidung getroffen. Diese ist, soweit die Widerklageanträge dann überhaupt noch aufrechterhalten worden sind, erst durch das Schlußurteil vom 1. Juni 07 dahin erfolgt, daß der Beklagte mit der Widerklage abgewiesen worden ist. Da der Antrag, auf den sich diese Entscheidung bezieht, auf Verurteilung des Klägers und Widerbeklagten zur Zahlung von 5561 ℳ 67 ₰ nebst Zinsen gerichtet war, so ergibt sich schon hieraus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes für den Rechtszug der Revision mehr als 2500 ℳ beträgt. Allerdings hätte das Berufungsgericht, da es die sonstige Verteidigung des Beklagten gegen den Klaganspruch von 5400 ℳ nicht für durchgreifend erachtete und zu dessen Abweisung in Höhe von 3098 ℳ 6 ₰ nur deshalb gelangt war, weil ihm eine unstreitige Gegenforderung des Beklagten von 4986 ℳ 52 ₰ aufrechenbar gegenüberstände, schon in dem Teilurteile nicht bloß über den Geldanspruch des Klägers sondern auch über die widerklagend geltend gemachte Gegenforderung des Beklagten dahin entscheiden können, daß dieser Anspruch, weil er im Wege der Aufrechnung getilgt sei, abgewiesen würde. Allein da dies unterblieben ist, so ist auch nur die Entscheidung über die Klaganträge in dem vorher bezeichneten Umfange durch die Zurückweisung der gegen das Teilurteil gerichtet gewesenen früheren Revision des Klägers rechtskräftig ge-

worden. Vgl. ZPO. § 322. Der Beklagte und Widerkläger war daher nicht gehindert, nachdem die Entscheidung über die Widerklage erst durch das Schlußurteil erfolgt war, diese auch in der Richtung anzugreifen, daß seine Gegenforderung als durch Aufrechnung getilgt anzusehen sei, weil schon seine übrige Verteidigung gegen den Klaganspruch zu dessen Abweisung hätte führen müssen ..."

417. Unzulässigkeit des Antrags auf Beiziehung von Akten zur Vorbereitung des Zeugenbeweises (ZPO. §§ 432, 373). Urt. vom 20. Febr. 08, IV 261/07.

„Die Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht die von dem Kläger in Bezug genommenen Strafakten I E. J. 71/07 der Staatsanwaltschaft II Berlin, betreffend den angeblichen Giftmordversuch der Beklagten, nicht als Beweismittel benutzt habe, ist unbegründet. Es ist allerdings, was auch der Berufungsrichter nicht verkennt, unbedenklich zulässig, die Aussagen der in einem anderen Prozesse, auch in einem Strafverfahren, vernommenen Zeugen im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten. Diese Verwertung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Zeugenaussagen nur uneidlich abgegeben sind, in welchem Falle freilich ihr Beweiswert nur ein geringer sein kann und aus ihnen nur ein gewisser Anhalt bei der dem Richter gestatteten freien Beweiswürdigung entnommen werden kann (Urt. des RG. vom 1. Febr. 84 in JW. S. 86 Nr. 8 sowie in RheinArch. 74, 137; Urt. des BayObLG. vom 22. Febr. 95 und 6. Okt. 99 in SeuffA. 51 Nr. 66; 55 Nr. 112; vgl. auch Urt. des RG. vom 30. Okt. 00 in JW. S. 828 Nr. 4). Hierum handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht. Der Kläger hatte für die in der Berufungsinstanz von ihm aufgestellte neue Behauptung, Beklagte habe im Jahre 1906 versucht, ihn durch Arsenik zu vergiften, auf das Zeugnis der in den Strafakten der Staatsanwaltschaft II Berlin, um deren Heranziehung er bat, vernommenen und der in diesen Akten benannten Personen sich berufen. Aus diesem Beweisantrage geht klar hervor, daß Kläger den Beweis nicht durch Vorlegung der Ermittelungsakten führen, sondern Zeugenbeweis antreten wollte, wie denn auch der Beweis dadurch allein, daß auf die Aussagen der im Ermittelungsverfahren unbeeidigt vernommenen Zeugen Bezug genommen wird, gar nicht erbracht werden kann. Dem Kläger lag es mithin ob, die zu vernehmenden Zeugen namhaft zu machen und die Tatsachen zu bezeichnen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden sollte (ZPO. § 373), und er konnte nicht die Herbeischaffung der Strafakten zu dem Zwecke verlangen, um erst aus ihnen über die Namen der Zeugen und der von ihnen zu bekundenden Tatsachen sich zu unterrichten."

418. Zulässige Benutzung der Niederschriften von Zeugen bei ihrer Vernehmung (ZPO. §§ 396, 397). Urt. vom 19. Febr. 08, I 225/07.

„Zunächst wiederholt die Revision die schon in beiden Vorinstanzen vorgebrachte Rüge, daß bei der Vernehmung der Zeugen S. und L. ungesetzlich verfahren sei. Es soll eine Verletzung der ZPO. §§ 396, 397 vorliegen, weil diese Zeugen dem beauftragten Richter, der sie vernahm, eine von ihnen einzeln verfaßte schriftliche Darstellung des Sachverhalts übergeben haben, auf die das Vernehmungsprotokoll verweist. Der Berufungsrichter hat diesen Vorwurf bereits in zutreffender Weise zurückgewiesen. Beide Protokolle ergeben, daß der umfangreiche vom Landgerichte erlassene Beweisbeschluß, der unter 12 Buchstaben eine große Zahl verschiedener Beweissätze enthielt, Punkt für Punkt von dem vernehmenden Richter mit den Zeugen mündlich erörtert worden ist und daß die überreichte Niederschrift nur insoweit in den Protokollen angezogen ist, als sie mit den mündlichen Angaben der Zeugen gestimmt hat. Weiter ergeben die Protokolle, daß den anwesenden Parteien Gelegenheit gegeben ist, den Zeugen Fragen zur Aufklärung der Sache vorzulegen. Von einem gesetzlich unzulässigen Verfahren kann daher keine Rede

sein (vgl. RGZ. 16, 116). Die Entsch. des 4. ZS. vom 20. Nov. 99 (JW. 00, 71 Nr. 8), worauf sich die Revision beruft, betrifft einen Fall, in dem die schriftliche Erklärung des Zeugen als Ersatz seiner Vernehmung behandelt worden war, trifft hier also nicht zu."

419. Eideszuschiebung über den Einwand, daß der Klagwechsel nur als Sicherheit für künftige Kreditgewährung gegeben sei (ZPO. § 445; WO. Art. 82). Urt. vom 5. Febr. 08, I 415/07.

„Die Revision macht lediglich die materielle Rüge geltend, das Kammergericht habe das Parteivorbringen nicht richtig gewürdigt, wenn es den Einwand des Beklagten, der Klagwechsel sei als Blankoakzept zur Sicherheit für etwaige spätere vom Kläger darauf zu gewährende Darlehne gegeben, dahin auffaßt, daß damit eine Vereinbarung nicht behauptet sei und weiter ausführt, über die einseitige Erwartung des Beklagten, auf sein Akzept Valuta zu erhalten, könne dem Kläger der Eid nicht zugeschoben werden.

Die Rüge ist begründet. Behauptete der Wechselschuldner, der Wechsel sei nur als Sicherheitswechsel für künftige Kreditgewährung gegeben (vgl. auch Schriftsatz vom 15. Febr. 07, Instanzenakten Bl. 9), so liegt gegenüber dem im Besitz des Wechsels befindlichen Kläger darin natürlich zugleich die Behauptung, daß der Wechsel in dem Sinne, in welchem er gegeben, auch angenommen wurde, sonach die Behauptung einer Vereinbarung, nicht einer bloßen Erwartung. Der Schuldner geht mit einer solchen Verteidigung auf die causa des dem Wechselbegebungsvertrage zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zurück und entnimmt daraus den Einwand, daß der Wechsel nicht entgegen der Vereinbarung vom Kläger ausgeklagt werden dürfe (vgl. WO. Art. 82). Diese Verteidigung konnte vom Kammergericht ebensowenig als ‚belanglos' bezeichnet werden, als der zu ihrem Nachweis zugeschobene Eid."

420. Zum Begriff des im Berufungsverfahren erhobenen „neuen Anspruchs" (ZPO. § 529 Abs. 2). Urt. vom 3. März 08, VII 176/07.

„Nun ist nach den Ausführungen des 5. ZS. in RGZ. 47, 390 ff., denen der erkennende Senat beitritt, unter einem ‚neuen Anspruch' nach § 529 a. a. O. ein bisher noch nicht gestelltes Verlangen zu verstehen, wobei es nicht auf die Art der Begründung des Verlangens, sondern auf dieses selbst und seinen Gegenstand ankommt. Danach war aber mit der Herleitung des Schadensersatzanspruchs aus Einl. z. AllgLR. § 75, wenn sie erst in zweiter Instanz geschah, kein neuer Anspruch erhoben, vielmehr dem Begehren, wie es bereits in erster Instanz durch den Antrag auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gestellt war, nur eine anderweite Stütze gegeben. Indem der Berufungsrichter erklärte, daß auch schon in erster Instanz diese Stütze vorhanden gewesen sei, und deshalb materiell über die Ersatzpflicht aus § 75 a. a. O. befand, entschied er, daß eine unzulässige Klagänderung durch Heranziehung eines neuen Klagegrundes nicht vorliege. Insoweit ist aber seine Entscheidung unanfechtbar (ZPO. § 270; Urt. des 5. ZS. vom 8. März 02, teilweise abgedruckt in JW. 02, 215 Nr. 12). Daraus ergibt sich, daß der Berufungsrichter auf die Mehrforderung ZPO. § 529 Abs. 2 zu Unrecht angewendet hat; er konnte nicht die Schadensforderung wegen Auferlegung der Baubeschränkung grundsätzlich zulassen und jene Mehrforderung dennoch ausschließen."

421. Streitwert, wenn durch Teilurteil nur über einen der späteren Geltendmachung des Hauptanspruchs dienenden Hilfsanspruch vorbereitenden Charakters entschieden ist (ZPO. § 546 Abs. 1, § 3). Urt. vom 17. Febr. 08, IV 290/07.

„In dem vorliegenden Rechtsstreit handelt es sich um vermögensrechtliche Ansprüche. Die Zulässigkeit der vom Beklagten eingelegten Revision ist daher gemäß ZPO. § 546 Abs. 1 durch einen den Betrag von 2500 ℳ übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt. Ist durch Teilurteil nur über

einen Teil der Klagansprüche entschieden, so muß der Teil die Revisionssumme erreichen. Das auf Grund von ZPO. § 254 erlassene Urteil des Berufungsgerichts, gegen das sich die Revision richtet, ist ein Teilurteil, kein Zwischenurteil i. S. von ZPO. § 304, wie die Revision meint. Das Urteil, das sich selbst als Teilurteil bezeichnet, spricht lediglich die Verurteilung des Beklagten zur Auskunftserteilung und Vorlegung eines Nachlaßverzeichnisses aus (RGZ. 56, 116; 58, 57; JW. 05, 84 Nr. 28). Sonach ist vom Berufungsgericht im Wege des Teilurteils lediglich über einen der späteren Geltendmachung des Hauptanspruchs dienenden Hilfsanspruch vorbereitenden Charakters entschieden worden. Hinsichtlich eines solchen Anspruchs deckt sich der Streitwert keineswegs mit dem Werte des Hauptanspruchs. Der Streitwert ist vielmehr gemäß ZPO. § 3 nach freiem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung des Interesses der Klägerin an dem begehrten Anspruchsbegründungsmittel festzusetzen (Bolze, Praxis des Reichsgerichts 8 Nr. 698; JW. 90, 409 Nr. 1; 94, 542 Nr. 2; 95, 4 Nr. 2)."

422. Einlegung der Beschwerde gegen eine das Armenrecht betreffende Entscheidung eines Oberlandesgerichts (ZPO. § 569 Abs. 2). Beschluß vom 16. März 08, VI B 74/08.

„Die Beschwerde, welche gegen die das Armenrecht betreffende Entscheidung des Oberlandesgerichts gerichtet ist, war nach der Vorschrift der ZPO. § 569 Abs. 2 Schlußsatz entweder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Oberlandesgerichts, oder durch Einreichung einer zum Protokolle des Gerichtsschreibers eines Amtsgerichts erklärten, oder von einem Rechtsanwalte unterzeichneten Beschwerdeschrift einzulegen. Die Klägerin hat keinen dieser drei Wege gewählt, sondern die Beschwerde zum Protokolle der Gerichtsschreiberei des Landgerichts in F. erklärt. Darin kann entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts eine formgültige Einlegung der Beschwerde nicht erblickt werden, vielmehr ist die Beschwerde in Anwendung von ZPO. § 573 Abs. 1, § 574 Abs. 1, § 97 Abs. 1 auf Kosten der Beschwerdeführerin als unzulässig zu verwerfen."

423. Der Umfang des Anspruchs auf Zwangsvollstreckung ist durch das Urteil begrenzt (ZPO. § 888). Beschl. vom 7. Febr. 08, VII B 9/08.

„Inhalt und Grenze des Anspruchs, wegen dessen dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung zusteht, sind durch das Urt. vom 23. Juli 07 gegeben. Danach hat die Schuldnerin dem Gläubiger ‚Buchauszüge über die in den Jahren 1905 und 1906 in ihrem Importwarengeschäfte zustande gekommenen Geschäfte mitzuteilen'. Nun liegt die Sache nicht so, daß gegen die aus ZPO. § 888 erfolgte Zwangsvollstreckung von der Schuldnerin die Einwendung erhoben worden wäre, sie habe dem Urteile genügt, den Anspruch getilgt; mit einer Einwendung dieser Art hätte sie auf den Weg der sog. Vollstreckungsgegenklage (ZPO. § 767) verwiesen werden müssen. Vielmehr hat der Gläubiger selbst in seinem Antrage vom 29. Okt. 07, auf den die angefochtene Entscheidung ergangen ist, von vornherein angeführt, daß er die Buchauszüge erhalten habe. Er bemängelt sie nur ihrem Inhalte nach und behauptet, daß durch die Mitteilung von Buchauszügen dieser Art die Verpflichtung der Schuldnerin nicht erfüllt sei. Diesem Vorbringen gegenüber braucht die Schuldnerin nicht den Weg des a. a. O. § 767 einzuschlagen, vielmehr ist der Streit unmittelbar in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Austrag zu bringen (Beschl. des RG. vom 21. Febr. 93, JW. 93, 184 Nr. 11). In dem Urt. vom 23. Juli 07 sind die Buchauszüge, die die Schuldnerin mitteilen soll, nur in der Weise näher bezeichnet und bestimmt, daß aus ihnen der dem Gläubiger (als früherem „commis intéressé" der Schuldnerin) für die Jahre 1905 und 1906 zustehende Gewinnanteil sich berechnen lassen soll. Diese Möglichkeit gewähren die mitgeteilten Buchauszüge, ihre Richtigkeit vorausgesetzt. Der Gläubiger glaubt aber, zur Nachprüfung dieser Richtigkeit genauere Einzelangaben, sowie die

Beifügung der Kursbezeichnungen auf der Kredit- wie auf der Debetseite und einer Liste der von ihm abgeschlossenen und besonders geführten „Kurskontrakte“ fordern zu können. Ob diese Forderung an sich berechtigt ist, ist jetzt nicht zu entscheiden. Der Gläubiger hätte sie vor Erlaß des Urteils geltend machen sollen. Er hätte sich nicht auf die allgemein gehaltene Forderung von ‚Buchauszügen‘ beschränken, sondern bestimmt und im einzelnen die Schriftstücke bezeichnen sollen, auf deren Mitteilung er ein Recht zu haben meinte. Hierzu war er damals so gut wie jetzt in der Lage, zumal da es sich um eine ihm vertraute Geschäfts- und Buchführung handelte. So wie das Urteil lautet, bildet es keine gesetzliche Grundlage für eine Vollstreckung des Anspruchs in der jetzt vom Gläubiger ihm gegebenen Gestalt. Ob das Versäumte im Wege einer Judikatsklage nachzuholen ist, muß dem Gläubiger überlassen bleiben . . .“

424. Welcher Rechtsbehelf ist zulässig, wenn eine einstweilige Verfügung trotz Anordnung mündlicher Verhandlung durch Beschluß erlassen ist? (ZPO. §§ 924, 936, 922, 567). Beschl. vom 15. Febr. 08, V B 25/08.

„Auf die Beschwerde des Antragstellers hat das Oberlandesgericht unter Aufhebung des den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ablehnenden Beschlusses des Landgerichts durch Beschl. vom 8. Jan. 08 gemäß dem Antrage die Zwangsverwaltung des Grundstücks des Antragsgegners wegen einer Hypothekenforderung des Antragstellers im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet. Die von dem Antragsgegner gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde ist vom Oberlandesgericht durch den jetzt mit dem frist- und formgerecht gestellten Antrag auf Entsch. des RG. als Beschwerdegerichts angefochtenen Beschl. vom 29. Jan. 08 mit Recht als unzulässig verworfen worden. Ein Fall, in dem nach ZPO. § 567 das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben ist, liegt überhaupt nicht vor, insbesondere ist durch die mit der Beschwerde angefochtene Entsch. vom 8. Jan. 08 nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden. Vielmehr ist gegen den gemäß dem Antrage den Erlaß einer einstweiligen Verfügung anordnenden Beschluß dem Antragsgegner nach ZPO. §§ 924, 936 die Erhebung des Widerspruchs als alleiniger Rechtsbehelf gegeben. Allerdings hätte das Oberlandesgericht, da auf seine Anordnung mündliche Verhandlung über das Gesuch um Erlaß der einstweiligen Verfügung in der Beschwerdeinstanz stattgefunden hat, über die Anordnung der einstweiligen Verfügung gemäß ZPO. § 922 ein Endurteil erlassen sollen, das nur mit der Revision anfechtbar war (RGZ. 40, 425). Dadurch aber, daß das Oberlandesgericht unter Verstoß gegen die Vorschrift der ZPO. § 922 die einstweilige Verfügung durch Beschluß angeordnet hat, wird dieser Beschluß hinsichtlich der Anfechtbarkeit weder zu einem Endurteil noch zu einer der Beschwerde nach ZPO. § 567 unterworfenen Entscheidung. Vielmehr ist in dieser Hinsicht maßgebend, daß ein Beschluß, durch den eine einstweilige Verfügung angeordnet wird, erlassen worden ist, also ein Beschluß vorliegt, gegen den das Gesetz lediglich den Rechtsbehelf des Widerspruchs gewährt (Gaupp-Stein, ZPO. Vorbem. III, 5 vor § 511). Es wäre daher selbst dann, wenn der Beschluß in erster Instanz erlassen wäre, die Beschwerde wegen Fehlens der Voraussetzungen der ZPO. § 567 unzulässig (RG. in JW. 02, 90 Nr. 1). Vorliegend aber steht der Zulässigkeit der Beschwerde ferner entgegen, daß nach ZPO. § 568 Abs. 4 gegen eine in der Beschwerdeinstanz ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts eine weitere Beschwerde nicht stattfindet.“

425. Einrede der Rechtskraft nach erfolgter Entscheidung durch das Schiedsgericht (ZPO. §§ 1040, 322, 274 Ziff. 3). Urt. vom 25. Febr. 08, VII 350/07.

„Zur Aufhebung des Berufungsurteils führt aber die von der Revision gerügte vollständige Übergehung der Behauptung des Klägers, daß der Beklagte seine Gegenansprüche bereits vor das Schiedsgericht gebracht, dieses

auch einen Spruch erlassen habe, und daß die hierauf bezügliche Vollstreckbarkeitsklage beim LG. I in Berlin anhängig sei. Diese Behauptung ist erheblich, sie enthält nicht mehr die Replik, der Rechtsstreit sei durch Schiedsrichter zu entscheiden, sondern die Replik, er sei bereits durch das Schiedsgericht entschieden, sohin die Replik der rechtskräftig (vgl. ZPO. § 1040) entschiedenen Sache. Mit diesem Vorbringen muß der Kläger gehört werden, denn es ist nicht zulässig, daß Streitpunkte zwischen den Parteien, die durch das Schiedsgericht erledigt sind, gegen den Willen einer Partei von der anderen zur nochmaligen Entscheidung vor das ordentliche Gericht gezogen werden. Zur Nachholung der unterlassenen Prüfung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

426. Verurteilung eines Rechtsanwalts zu den durch sein Verschulden veranlaßten Prozeßkosten (ZPO. § 102). Beschl. vom 14. April 08, III B 63/08.

„Das Kammergericht hat nach Zustellung seines Urt. vom 18. Dez. 07, durch das die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil der ersten Instanz und gegen die Klagerweiterung vom 18. Dez. 07 auf ihre Kosten zurückgewiesen wurde, durch Beschl. vom 29. Jan. 08 die durch die Klagerweiterung vom 18. Dez. 07 entstandenen Mehrkosten gemäß ZPO. § 102 dem Rechtsanwalt Dr. H. auferlegt, weil er diesen Anspruch durchaus unzulänglich begründet und — auf den Mangel hingewiesen — jede weitere Angabe rundweg abgelehnt, somit die Kosten durch grobes Verschulden veranlaßt habe.

Die von dem Rechtsanwalt Dr. H. erhobene sofortige Beschwerde ist an sich statthaft (Beschl. der vereinigten Zivilsenate vom 27. Nov. 06, RGZ. 64, 377) und innerhalb der gesetzlichen Frist eingelegt, aber nicht begründet. Mit Unrecht bestreitet der Beschwerdeführer, daß der im Wege der Klagerweiterung erhobene Schadensersatzanspruch von 4000 ℳ unsubstanziiert sei, und daß ihm ein grobes Verschulden zur Last falle. Seine Behauptung, daß er mangels anderer Information nur das habe vorbringen können, was er vorgebracht habe, ist unerheblich. Hatte die Klägerin ihm eine weitere Information nicht geben können, so hätte er die Erhebung des offensichtlich undurchführbaren Anspruches ablehnen sollen, um so mehr als die Klägerin schon durch das Teilurteil vom 18. Sept. 1907 mit ihrem damals in Höhe von 1250 ℳ erhobenen Schadensersatzanspruch abgewiesen worden war. — Unbegründet ist der Einwand, daß das Kammergericht nach Erledigung der Instanz zu einer Entscheidung auf Grund von ZPO. § 102 nicht mehr befugt gewesen sei. Die Berufungsinstanz war weder mit der Verkündung des Berufungsurteils noch mit dessen Zustellung beendet; vielmehr blieb das Berufungsgericht auch nach dieser Zustellung Prozeßgericht i. S. von ZPO. § 102 mindestens so lange, als die Revision noch nicht eingelegt war (vgl. Beschl. der vereinigten Zivilsenate vom 9. April 08 in Sachen M. gegen St., V 332/333 07). Die Revision ist aber erst am 18. Febr. 08 bei dem Revisionsgericht eingereicht worden. — Auch der weitere Einwand trifft nicht zu, daß das Berufungsgericht eine unzulässige Abänderung seiner Kostenentscheidung im Urt. vom 18. Dez. 07 vornehme, indem es auch dem Beschwerdeführer die durch die Klagerweiterung entstandenen Kosten auferlege und daß überhaupt die Kosten nicht zugleich dem Anwalt und der Partei solidarisch auferlegt werden könnten. Die Bestimmung der ZPO. § 102 ändert nichts an der Verpflichtung der im Prozeß unterliegenden Partei, nach Maßgabe der ZPO. §§ 91 ff. die Kosten zu tragen und dem Gegner zu erstatten. Die Verurteilung einer der in ZPO. § 102 genannten Personen zu den durch grobes Verschulden veranlaßten Kosten läßt, wie das Kammergericht mit Recht annimmt, die im Urteil enthaltene Kostenentscheidung unberührt und fügt nur einen zweiten Kostenschuldner hinzu, der für die ihm auferlegten Kosten dem Fiskus und den Parteien als Gesamtschuldner haftet. Diese Verurteilung auf Grund der ZPO. § 102 ist eine selbständige Entscheidung, die

hauptsächlich der Zweck verfolgt, den Parteien, denen durch grobes Verschulden der in ZPO. § 102 genannten Personen unnötige Kosten erwachsen sind, auf einfache und rasche Weise Ersatz zu gewähren (vgl. Hannoversche Protokolle S. 4919, Norddeutscher Entwurf § 160, Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer ZPO. S. 1678, Protokolle der Kommission zweiter Lesung S. 520, 662, Hahn, Die ges. Materialien usw. S. 985, 1108). Die Entscheidung nach ZPO. § 102 kann je nach Lage des Falles vor Erlaß des Urteils oder gleichzeitig mit dem Urteil oder nachher erfolgen. Die Beschwerde war hiernach als unbegründet auf Kosten des Beschwerdeführers (ZPO. § 97 Abs. 1; GKG. § 47 Abs. 3) zurückzuweisen."

427. Klage auf Feststellung des Erbrechts (ZPO. § 256). Urt. vom 9. April 08, IV 438/07.

„. . . In der schriftlichen Revisionsbegründung ist ZPO. § 256 verletzt bezeichnet. Die Revision macht geltend, die Kläger hätten auf Leistung klagen können, folglich könnten sie nicht auf Feststellung klagen, das sei ausgesprochen in RGZ. 21, 382.

Der Angriff der Revision geht fehl. In dem Beschlusse in RGZ. 21, 382 ist ausgesprochen, daß Klagen auf Leistung von Schadensersatz unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Verfahren nur zulässig sind, wenn die Voraussetzungen der ZPO. § 231 (a. F.) vorliegen. Daraus ist für die Unzulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines Erbrechtes nichts zu entnehmen. Grundsätzlich wird die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Anspruch auf eine entsprechende Leistung erhoben werden kann, es kommt vielmehr darauf an, ob Umstände vorliegen, die ein Interesse daran begründen, daß das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde (vgl. die Urt. des RG. vom 3. Juli und 29. Sept. 03, JW. S. 313 Nr. 4 und S. 384 Nr. 7). Mit Recht haben das Landgericht und das Oberlandesgericht angenommen, daß ein solches Interesse der Kläger dargetan sei, denn die Erbfolge der Kläger war von den Beklagten bestritten, das Testament, worin die Kläger als Erben eingesetzt waren, war von den Beklagten als nichtig bezeichnet und wegen Irrtums angefochten, die Kläger waren aufgefordert, das in ihrem Besitze befindliche Nachlaßvermögen an den Testamentsvollstrecker zum Zwecke der Aushändigung an den Beklagten zu 1 abzuliefern. Die Revision meint, bei Erhebung einer Leistungsklage wäre die Feststellungsklage unnötig gewesen. Welcher Art die Leistungsklage hätte sein können, hat die Revision nicht angeführt. Die Kläger beabsichtigten, mit der Feststellungsklage sich das zu sichern, was sie aus dem Nachlaß schon besaßen. Eine Leistungsklage kam daher nicht in Frage. Auch von dem Standpunkte der Beklagten aus wäre von den Klägern keine Leistungsklage zu erheben gewesen. Denn wenn der Beklagte zu 2 Testamentsvollstrecker hinsichtlich des gesamten Nachlasses ist, so konnte gegenüber dem Beklagten zu 1 eine Klage auf Teilung wegen der Bestimmung des BGB. § 2204 nicht wohl in Betracht kommen, gegenüber dem Beklagten zu 2 aber hätte sich eine Klage auf Herausgabe von Nachlaßgegenständen noch nicht begründen lassen. Sollte es zwischen den Parteien zu einem neuen Prozeß kommen, so wird es ein Streit sein, den die Kläger bei Erhebung der Feststellungsklage nicht voraussehen konnten . . ."

428. Unzulässiges Vorbringen neuer Einwendungen nach rechtskräftiger Entscheidung über den Grund des Klaganspruchs (ZPO. § 304). Urt. vom 15. April 08, IV 28/08.

„Nachdem der Klaganspruch durch das rechtskräftig gewordene Urt. des Berufungsgerichts vom 30. Jan. 06 in seinem ganzen Umfange dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden war, hat der Beklagte in dem späteren Verfahren über den Betrag zwei neue Einwendungen erhoben. Er machte

zunächst geltend, von dem zuzusprechenden Rentenbetrage müsse die kraft Gesetzes auf die Berufsgenossenschaft übergegangene Unfallrente in Abzug gebracht werden. Eine weitere Herabminderung des Rentenbetrages begehrt er auf Grund der Behauptung, der Kläger habe durch eigenes Verschulden eine Steigerung der nachteiligen Folgen des Unfalls vom 16. Okt. 02 herbeigeführt, er habe, wie durch die erstatteten ärztlichen Gutachten dargetan sei, sich zwecks Heilung des Oberschenkelbruchs nicht in die Behandlung von sachkundigen Ärzten, sondern von Kurpfuschern begeben. Das Berufungsgericht hat dem Kläger eine Entschädigung i. S. von BGB. § 847 in Höhe derjenigen Bezifferung (2300 ℳ) zuerkannt, die dem Urt. über den Grund des Anspruchs vom 30. Jan. 06 zugrunde lag und eine geringere als die früher bezifferte Rente zugebilligt. Bei solcher Sachlage ist die vom Berufungsgericht aus der Rechtskraft des Urteils über den Grund hergeleitete Folge rechtlich nicht zu beanstanden, daß die beiden den Grund des Anspruchs betreffenden Einwendungen, soweit sie in dem Verfahren über den Grund geltend gemacht werden konnten, in dem Verfahren über den Betrag nicht mehr mit Erfolg vorgebracht werden können (RGZ. 53, 117; 62, 337; JW. 04, 448 Nr. 2; 05, 645 Nr. 13). Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe die Beträge der Unfallrente mit Rücksicht auf eine vom Kläger in zweiter Instanz abgegebene Erklärung in Abzug bringen müssen. Der Angriff ist nicht begründet. Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils hatte der Verteter des Klägers ausgeführt, dem Beklagten seien beide Einwendungen durch die Rechtskraft des Urteils über den Grund abgeschnitten. Im Anschluß hieran erklärte er, ‚seine Partei sei übrigens mit der direkten Abführung der betreffenden schon bezahlten und noch zu bezahlenden Beträge an die Berufsgenossenschaft einverstanden'. Der Kläger hielt jedoch seine Anträge in vollem Umfange aufrecht. Der Beklagte hat auf die gedachte Erklärung nichts entgegnet. Wenn das Berufungsgericht aus der wenig klaren Erklärung des Klägers nicht den Willensausdruck entnommen hat, der Kläger mindere seinen Klaganspruch um den Betrag der Unfallrente, so kann daraus nach dem Verlauf der sich aus dem Tatbestand ergebenden Verhandlung dem Berufungsgericht ein Vorwurf nicht gemacht werden. Hinsichtlich des Einwandes des eigenen Verschuldens rügt die Revision Verletzung des BGB. § 254, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, daß die auf Verschulden des Klägers beruhende Steigerung der nachteiligen Folgen des Unfalls schon vor Erlaß des Urt. des RG. vom 28. Juni 06 in einer dem Beklagten erkennbaren Weise hervorgetreten sei. Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Tätigkeit der Kurpfuscher in die Zeit vor Erlassung des Urteils über den Grund des Anspruchs gefallen ist. Zu einer Feststellung in der von der Revision bezeichneten Richtung lag nach der festgestellten Sachlage und bei dem Mangel einer Behauptung des Beklagten über späteres Hervortreten nachteiliger Folgen kein Anlaß für das Berufungsgericht vor. Der Oberschenkelbruch war bereits am 16. Oktober 1902 eingetreten, die schlechte Heilung, die der Beklagte auf ein Verschulden des Klägers zurückführte, war nach dem Gutachten der Ärzte Dr. S. und Dr. W., auf die sich der Beklagte berief, schon längst vor Juli 1904 vollständig erfolgt. Die Parteien wohnen in derselben Gemeinde. Es wäre daher Sache des Beklagten gewesen, darzutun, daß ihm der auf Zuziehung von Kurpfuschern seitens des Klägers beruhende ungünstige Verlauf der Heilung erst nach Abschluß des Verfahrens über den Grund bekannt geworden sei.

Völlig verfehlt ist die von der Revision vertretene Meinung, eine Entschädigung auf Grund von BGB. § 847 hätte überhaupt nicht zugesprochen werden dürfen, weil zur Zeit des Unfalls zwischen dem Kläger als Hufschmied und dem auf Grund von BGB. § 833 belangten Tierhalter ein Vertragsverhältnis bestanden habe. Abgesehen davon, daß auch hier die Rechtskraft des die gedachte Entschädigung mitumfassenden Urteils über den Grund von entscheidender Bedeutung ist, steht in den Fällen des BGB. § 833 ein Vertrags-

verhältnis zwischen dem Verletzten und dem Tierhalter der Anwendung des BGB. § 847 nicht entgegen (RGZ. 50, 252).

Hiernach war die Revision unter Belastung des Beklagten mit den Kosten — ZPO. § 97 Abs. 1 — zurückzuweisen."

429. Entscheidung über den Grund als notwendiges Erfordernis eines Zwischenurteils nach ZPO. § 304 (ZPO. § 304). Urt. vom 3. April 08, II 607/07.

Der auf Schadensersatz gerichteten Klage ist in I. Instanz entsprochen worden. Das Berufungsgericht hat folgendes Zwischenurteil erlassen:

„Vorbehaltlich der Entscheidung der Frage, ob und in welchem Umfange den Klägern Schaden erwachsen ist, werden die von den Klägern geltend gemachten Schadensersatzansprüche mit der Maßgabe für begründet erklärt, daß die Kläger die noch nicht verkauften jungen Aktien dem Beklagten gegen Zahlung der ihnen gebührenden Beträge herauszugeben haben."

Der Beklagte hat Revision eingelegt.

Aus den Gründen:

„Die Revision konnte nicht für zulässig erachtet werden. Es liegt ein mit der Revision anfechtbares Urteil, insbesondere ein Zwischenurteil gemäß ZPO. § 304 nicht vor. Daß der Berufungsrichter ein Zwischenurteil der erwähnten Art nicht hat erlassen wollen, kann einem Zweifel nicht unterliegen; er sagt es selbst ausdrücklich und hebt dabei hervor, er könne kein derartiges Urteil (über den Grund der erhobenen Ansprüche) erlassen, da noch nicht einmal feststehe, daß die Kläger überhaupt Schaden erlitten hätten. Es ist aber ferner, wie schon hieraus und aus der im Tatbestande mitgeteilten Urteilsformel erhellt, von dem Berufungsrichter ein Urteil aus § 304 auch in Wirklichkeit nicht erlassen worden. Die Ansprüche waren nach Grund und Betrag streitig. Ein Zwischenurteil aus § 304 würde dann vorliegen, wenn der Berufungsrichter über den Grund vorab entschieden hätte; die Schadenserwachsung ist eine notwendige Voraussetzung des Anspruchs auf Schadensersatzleistung und also des Grundes des Anspruchs; über diese notwendige Voraussetzung und somit über den Grund des Anspruchs ist nicht entschieden.

In der von dem Revisionskläger zur Begründung der von ihm behaupteten Zulässigkeit der Revision angezogenen Entscheidung (RGZ. 42, 394 [397]) handelte es sich um einen ganz anderen Sachverhalt; dort war unter I des damals in Frage stehenden Zwischenurteils der mit der Klage erhobene Anspruch materiell für gerechtfertigt erklärt; der Ausspruch dort unter I umfaßte den ganzen streitigen Anspruch bis auf den Betrag. Das ist hier gerade nicht der Fall; es ist nicht der ganze Anspruch bis auf den Betrag, es ist auch der Anspruch selbst, sein Grund, noch nicht festgestellt . . ."

430. Kann eine Klage zugleich als unzulässig und als sachlich unbegründet abgewiesen werden? Interesse an alsbaldiger Feststellung eines Rechtsverhältnisses (ZPO. §§ 322, 256). Urt. vom 7. April 08, II 610/07.

Verwandte der Parteien waren in Zahlungsschwierigkeiten geraten. Um sie zu beseitigen, wurde bei H. ein Darlehn aufgenommen, wobei sich die Kläger beteiligten. Streitig ist, ob sich auch der Beklagte beteiligte. Die Verwandten sind in Konkurs geraten, wobei für die an der Aufnahme des Darlehns bei H. Beteiligten ein Verlust eingetreten ist. Die Kläger beantragen u. a. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihnen seinen Anteil am Verlust zu zahlen, nachdem sie H. wegen dessen Forderung befriedigt haben würden.

Aus den Gründen:

„Die Revision ist an sich statthaft; die Einlegung und Begründung ist in der gesetzlichen Form und Frist geschehen. Es war ihr auch der Erfolg nicht

zu versagen. — Der Berufungsrichter hat die von den Klägern auf Grund von ZPO. § 256 erhobene Feststellungsklage als unzulässig und auch als sachlich unbegründet abgewiesen. Dieses erscheint verfehlt und widerspruchsvoll. Erachtet der Richter eine Feststellungsklage aus ZPO. § 256 oder überhaupt eine bei ihm angebrachte Klage (z. B. wegen unzulässiger Klagänderung oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges) für prozessual unstatthaft, so muß er sie auf Grund ihrer Unzulässigkeit — mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen — abweisen; es ist dann für eine Entscheidung in der Sache selbst, also darüber, ob der geltend gemachte Anspruch materiellrechtlich begründet ist oder nicht, gar kein Raum mehr und der Richter zu einer solchen Entscheidung — mit den sich aus ihr ergebenden weitgehenden Rechtswirkungen — seiner eigenen Auffassung nach, auf Grund deren er Recht zu sprechen hat, nicht berufen. Er darf daher, wenn er eine Klage für unzulässig erachtet, nicht noch über das materielle Recht entscheiden, und er darf dieses auch deshalb nicht, weil sonst, wenn ein derartiges die Klage als unzulässig und als unbegründet abweisendes Urteil in Rechtskraft übergeht, völlig zweifelhaft bleibt, ob die Klage nur wegen ihrer Unstatthaftigkeit oder wegen Fehlens des geltend gemachten Rechts abgewiesen ist, ob also über den erhobenen Anspruch überhaupt entschieden ist (ZPO. § 322). Demgemäß hat das Reichsgericht und insbesondere auch der jetzt erkennende Senat schon wiederholt ausgesprochen, daß, wenn der Berufungsrichter eine Klage als unstatthaft und im übrigen auch noch als sachlich unbegründet abgewiesen hat, von dem Reichsgericht in eine Prüfung dieser zweiten prozeßwidrigen Entscheidung nicht einzutreten ist, letztere vielmehr unberücksichtigt zu lassen und als nicht vorhanden zu erachten ist (RGZ. 41, 369; GruchotsBeitr. 45, 646; JW. 97, 165 Nr. 3; 98, 281 Nr. 15; 02, 250 Nr. 6). Danach ist auch im vorliegenden Falle lediglich zu prüfen, ob die erhobene Feststellungsklage zulässig ist oder nicht. Diese Frage ist, im Gegensatz zu dem Berufungsrichter, zu bejahen. Der Berufungsrichter hat die Zulässigkeit nur um deswillen verneint, weil die Kläger die Leistungsklage hätten erheben können; zur Begründung dessen führt er aus: Ein Interesse der Kläger daran, die Feststellungsklage der Leistungsklage voranzuschicken, sei nicht ersichtlich; nach der inzwischen eingetretenen Auflösung des von den Klägern behaupteten Gesellschaftsverhältnisses könnte der Beklagte nach Sachlage nur aus BGB. § 735 für den auf jeden der drei Vertragsgenossen entfallenden Anteil am Verlust mit 4891,91 ℳ haftbar gemacht werden; die Zahlung desselben an die Gesellschaft schon jetzt zu fordern, bestände kein Hindernis. Die Revisionskläger haben diese Ausführungen als fehlsam angegriffen und geltend gemacht: das in Frage stehende H.sche Darlehn sei ausweislich der Urkunde vom 9. Aug. 02 drei Monate nach Kündigung, die jedoch seitens des Gläubigers bei pünktlicher Zinszahlung vor Ablauf der nächsten fünf Jahre nicht erfolgen dürfe, rückzahlbar. Es sei deshalb heute noch nicht fällig und sei es keinesfalls zur Zeit der Klagerhebung und des Erlasses des Berufungsurteils gewesen. Daher habe auf Leistung nicht geklagt werden können; auch nicht, wenn die Gesellschaft, wie der Berufungsrichter rechtsirrig annehme, aufgelöst gewesen wäre. — Es kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger eine Leistungsklage auf sofortige Zahlung von 4891,91 ℳ an sie hätten erheben können; auch wenn man dieses mit dem Berufungsrichter annehmen wollte, so waren sie doch in keiner Weise verpflichtet, eine solche zu erheben. Wenn sie wirklich berechtigt sein sollten und auch schon zur Zeit der Klagerhebung berechtigt gewesen sein sollten, von dem Beklagten sofortige Zahlung der 4891,91 ℳ an sie zu fordern, so waren sie doch sicherlich auch berechtigt, sich in ihren Rechten zu beschränken und die Rechte, die ihnen zustehen mochten, nicht in vollem Umfange geltend zu machen, sondern nur zu verlangen, daß der Beklagte dann Zahlung an sie leiste, wenn sie ihrerseits den Gläubiger H. befriedigt haben werden. Da der Beklagte aber den Klägern auch dieses Recht bestritt, hatten sie, zumal zur Zeit der bereits im Juni 1905 erfolgten Klagerhebung ein sehr erhebliches, wirtschaftliches und rechtliches Interesse an

der alsbaldigen Feststellung des von ihnen nur beanspruchten Rechts, nämlich Zahlung von dem Beklagten zu verlangen, nachdem sie Zahlung an H. geleistet haben werden.

Danach und nach dem eingangs Bemerkten war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . ."

431. Umfang der Rechtskraft (ZPO. § 322 Abs. 1). Urt. vom 31. März 08, II 599/07.

„. . . Nach ZPO. § 322 Abs. 1 sind Urteile der Rechtskraft insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Die Entscheidungsgründe dienen zwar zur Erläuterung der in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidung, indem durch sie klargestellt wird, auf Grund welchen Rechtsverhältnisses die Verurteilung bzw. die Klagabweisung erfolgt ist. Damit wird jedoch über das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses im übrigen, d. h. soweit daraus später andere Ansprüche abgeleitet werden sollen, nicht entschieden. Die darauf bezüglichen Feststellungen erwachsen sonach nicht in Rechtskraft. Durch die Urteile des Vorprozesses ist nun rechtskräftig lediglich und allein entschieden, daß den Beklagten das Recht der Mitbenutzung des Bahnanschlusses zusteht. Hierbei hat das Reichsgericht in dem Urt. vom 7. Dez. 00 ausdrücklich dahingestellt bleiben lassen, ob das Verhältnis der Parteien zur Eisenbahnverwaltung sich als ein Sozietätsverhältnis charakterisiere und ebenso die weitere Frage, ob dem Kläger für die Hergabe des Terrains und der Baukosten eine Entschädigung zustehe. Für diese bildet allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend erwogen hat, das Mitbenutzungsrecht der Beklagten ein Element der Entscheidung. Allein zur Rechtskraft des früheren Urteils für den gegenwärtigen Rechtsstreit fehlt es an der wesentlichen Voraussetzung der Identität des Anspruchs. Bei der Klage auf Entschädigung handelt es sich um einen anderen Anspruch als in dem Vorprozesse, der das Benutzungsrecht des Anschlusses zum Gegenstande hatte. Für die Rechtskraft genügt es nicht, daß im Vorprozesse tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen des erhobenen Anspruchs als bestehend anerkannt sind, indem diese nicht selbst im Wege eines besonderen Antrages zum Gegenstande der Entscheidung gemacht worden sind . . ."

432. Auferlegung eines richterlichen Eides in der Überzeugungsform ohne Parteiantrag (ZPO. §§ 459, 477 Abs. 1). Urt. vom 11. April 08, V 303/07.

„. . . Den Eid in der Überzeugungsform zu erfordern, stand im freien Ermessen des Richters. Wenn der § 459 Abs. 2 für den dort (Abs. 1) gegebenen und auch hier vorliegenden Fall die Anordnung der Eidesleistung in der Überzeugungsform von einem darauf gerichteten Antrag abhängig macht, so kann sich das nur auf den Parteieid beziehen, gilt aber nicht von einem richterlichen Eide, dessen Auferlegung unabhängig von einem Parteiantrage erfolgt (vgl. RGZ. 22, 227). Der § 477 Abs. 1 a. a. O. ordnet nur entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Parteieid auf den richterlichen Eid an . . ."

433. Wert des Beschwerdegegenstandes, wenn sich die Revision gegen eine einstweilige Verfügung richtet, die die Boykottierung einer Gastwirtschaft untersagt (ZPO. § 546). Beschl. vom 23. April 08, VI 157/08.

„Der Kläger hat bei dem Kgl. Landgericht III zu B. eine einstweilige Verfügung vom 1. Okt. 07 erwirkt, durch die den Beklagten bei Strafe untersagt worden ist, weiter Zettel und Druckschriften herstellen zu lassen, herauszugeben

und zu verteilen, in denen zur Boykottierung des Gastlokales des Klägers aufgefordert wird, sowie sich in den das letztere umgebenden Straßen aufzuhalten und Posten dort aufzustellen, um Gäste davon fernzuhalten. Die einstweilige Verfügung ist auf erhobenen Widerspruch durch Urt. des Landgerichts vom 15. Okt. 07 bestätigt, die gegen das letztere eingelegte Berufung der Beklagten vom Kgl. Kammergericht zu B. in dem Urt. vom 25. Jan. 08 zurückgewiesen worden. Gegen das Urteil des Berufungsgerichts haben die Beklagten nunmehr Revision eingelegt, mit der sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und der einstweiligen Verfügung erstreben.

Der Rechtsstreit betrifft einen vermögensrechtlichen Anspruch; der Kläger fühlt sich in seinem Gewerbebetriebe durch die von den Beklagten vorgenommenen Boykottierungshandlungen gegen sein Wirtshaus schwer geschädigt und hat mit dem Antrage auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung Schutz gegen diese vermögensrechtlichen Benachteiligungen gesucht. Die Revision ist daher nach ZPO. § 546 nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes der Revision den Betrag von 2500 ℳ übersteigt. Die Meinung der Revisionskläger, daß ZPO. § 546 nicht zur Anwendung komme, weil der Zweck der von den Beklagten in Szene gesetzten Boykottierungsmaßregeln ein politischer sei, nämlich der, der sozialdemokratischen Partei das Abhalten politischer Versammlungen in dem Wirtshauslokale des Klägers zu ermöglichen, ist abwegig. Die Mittel, die die Beklagten zur Verfolgung des gedachten Zweckes benutzen, sind Druckmaßregeln wirtschaftlicher Art; durch Störung in seinem Gewerbebetriebe und seinem Erwerbe soll der Kläger gezwungen werden, den Beklagten zu Willen zu sein. Gegen diesen Eingriff in seine Vermögensrechte verlangt der Kläger Schutz; sein Anspruch auf Unterlassung der Zwangsmaßregeln und auf Schadensersatz wegen dieser ist ein vermögensrechtlicher Anspruch (RGZ. 61, 89).

Der Wert des Beschwerdegegenstandes der Revision richtet sich nach dem vermögensrechtlichen Interesse, das der Revisionskläger an der Beseitigung der ihm nachteiligen Entscheidung hat; er kann mit dem Werte des Streitgegenstandes der Revision zusammenfallen, aber auch weit hinter diesem zurückbleiben. Im gegebenen Falle handelt es sich um eine einstweilige Verfügung, und das vermögensrechtliche Interesse der Beklagten an deren Aufhebung ist gleich dem Geldwerte, den für sie die Möglichkeit der weiteren Herstellung und Verbreitung der Boykottflugblätter und des weiteren Herumstehens in den Straßen, um Gäste von dem Wirtshause des Klägers abzuhalten, bis zur Erledigung des Hauptprozesses, von Einlegung der Revision an gerechnet, hat (RGZ. 39, 394; JW. 03, 174 Nr. 8; JW. 05 S. 113 Nr. 10, 233 Nr. 13, 500 Nr. 29).

Daß ein vermögensrechtliches Interesse der Beklagten des vorliegenden Rechtsstreits an der Aufhebung der einstweiligen Verfügung, das auf einen Geldwert von mehr als 2500 ℳ zu veranschlagen wäre, gegeben sei, ist nicht glaubhaft gemacht, auch nicht aus dem Sachverhalt ersichtlich. Der Hinweis der Revisionsbegründung darauf, daß der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz, den die Beklagten, falls sie unerlaubt gehandelt haben sollten, zu leisten haben würden, ein erheblicher und die Revisionssumme übersteigender sein werde, vermag diesen Nachweis nicht zu erbringen, da, wie erörtert, nicht das Vermögensinteresse des Klägers, sondern dasjenige der Revisionskläger, also im gegebenen Falle der Beklagten, in Frage kommt und da ferner für den Rechtsstreit, der den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Gegenstande hat, nicht das Interesse an der Entscheidung in der Hauptsache, sondern nur dasjenige an der einstweiligen Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses bis zu dieser Entscheidung maßgebend ist (vgl. die angezogene Entscheidung in RGZ. 39, 394).

Die eingelegte Revision war daher gemäß ZPO. §§ 546, 554a als unzulässig zu verwerfen . . ."

134. Eigenschaft einer Schnellpresse als wesentlichen Bestandteils des zum Druckereibetriebe bestimmten Gebäudes verneint (BGB. §§ 93, 94). Urt. vom 4. April 08, V 448/07.

„Vom Berufungsrichter wird die bestrittene Schnellpresse hauptsächlich deshalb gemäß BGB. §§ 93, 94 als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes, in dem sie sich befindet, erklärt, weil dieses zum Druckereibetrieb bestimmte Gebäude bei Beseitigung der Presse eine erhebliche Wesensveränderung erleiden würde und weil die erforderliche Verbindung dieser Presse mit dem Gebäude, auch ihre ‚Einfügung' in dieses zum Zwecke der Herstellung des Druckereigebäudes gegeben sei. Diese Entscheidung kann nicht aufrechterhalten werden.

Wie der erste Richter zutreffend ausgeführt hat, wie sich aus dem Wortlaut des BGB. § 93 ergibt und wie das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, kann wesentlicher Bestandteil nur das sein, was Bestandteil überhaupt, d. h. ein unselbständiges Stück des Gesamtkörpers, mit diesem im wahren (mechanischen), nicht bloß im übertragenen Sinne verbunden ist (vgl. RGZ. 63, 171). Diese Voraussetzung trifft auf die bestrittene Schnelldruckpresse nach den Feststellungen der Vorderrichter nicht zu. Im landgerichtlichen Urteile heißt es darüber auf Grund ‚der übereinstimmenden Angaben der Parteien' wie folgt: ‚Auf dem aus Zement hergestellten Boden des Maschinensaales steht die streitige Maschine. Sie ist mit dem Boden des Maschinensaales nicht verbunden. Sie hat behufs Erzielung der nötigen Standhaftigkeit ein ca. 100 Zentner schweres Fundament, das ein Stück der Maschine selbst bildet. Die Maschine wird elektrisch betrieben. Oberhalb derselben, durch Träger, welche durch die Decke des Maschinensaales hindurchgehen, festgehalten, befindet sich eine Welle. Diese, die Übertragungswelle, empfängt ihre Kraft von dem Motor und überträgt sie vermittelst des aufgelegten Transmissionsriemens auf die Empfängerwelle der Maschine und auf diese selbst.'

An diesem Sachverhalt ist durch die Beweisaufnahme des zweiten Rechtszuges und durch den Inhalt des Berufungsurteils nichts berichtigt worden. Hiernach ist die Schnellpresse in das Gebäude nur einfach hineingestellt, mit diesem nicht körperlich und mechanisch verbunden, also kein Bestandteil des Gebäudes im gewöhnlichen Sinne des Wortes. Jene notwendige Verbindung mit dem Ganzen kann auch nicht mit dem Vorderrichter darin gefunden werden, daß die Maschine zufolge ihres sehr großen Eigengewichts sehr fest auf dem Boden aufruht und nur mit großer Kraftanwendung weiterbewegt oder weggenommen werden kann. Dadurch wird sie nicht zu einem Stücke des Gebäudekörpers selbst. Auch der lose, bewegliche und leicht abwerfbare mittelbare Zusammenhang, in dem die Schnellpresse mit dem Gebäude durch Vermittlung des Transmissionsriemens steht, kann sie nicht zum Gebäudebestandteil machen. Denn erstlich hat diesen Zweck der nur zur Inbetriebsetzung der Presse dienende Transmissionsriemen nicht, und sodann stellt er eine Verbindung von nennenswerter Festigkeit überhaupt nicht her. Eine solche erfordert, wie schon der erste Richter zutreffend bemerkt, das Merkmal der Ruhe.

Ist aber, wie gezeigt, die Schnellpresse nicht Gebäude- oder gar Grundstücksbestandteil im gewöhnlichen Sinne des Wortes, so kann sie auch nicht wesentlicher Bestandteil i. S. von BGB. §§ 93, 94 geworden sein. Es kann daher unerörtert bleiben, ob im Berufungsurteil die übrigen Merkmale dieser Gesetzesstellen, nämlich die Wesensveränderung des Druckereigebäudes bei Wegnahme der Maschine (§ 93) und die Einfügung der letzteren zur Herstellung jenes Gebäudes (§ 94) richtig festgestellt sind. Was insbesondere den Begriff des ‚Einfügens' anlangt, so mag zugegeben werden, daß man darunter ein Anpassen an und in die Fugen, an die Bauart, die Gliederung des Gebäudes verstehen und wo diese gegeben ist und noch besonderes Eigenschwergewicht des eingefügten Gegenstandes hinzukommt, unter Umständen die Erfordernisse des § 94 a. a. O. als vorhanden annehmen kann, wie dies vom erkennenden Senat hinsichtlich des Dachstuhles eines Neubaues in RGZ. 62, 248 aus-

gesprochen worden ist. Auch kann im Einzelfalle, wie der Senat in seinem zum Abdruck bestimmten Urt. V 53/07 vom 12. Nov. 07 anerkannt hat, bei derartigen Fragen die Auffassung des Verkehrs eine erhebliche Rolle spielen, aber auch bei solchen Erwägungen kann der bestrittenen Schnellpresse die Eigenschaft eines wesentlichen Bestandteiles des Gebäudes und Grundstückes nicht zugesprochen werden. Von einer besonderen Anpassung der Maschine an die Fugen, an die Gliederung des Gebäudes war nirgends die Rede und die allgemeine Verkehrsanschauung spricht im Zweifel eher gegen als für die Bestandteilseigenschaft der Maschinen.

Besonders verhält es sich in vorliegender Sache noch mit der zur Schnellpresse gehörigen ‚Antriebsvorrichtung', die allerdings nach den Feststellungen des Vorderrichters mit der Hauswand verschraubt ist. Aber diese Vorrichtung ist offenbar mit der Presse selbst nicht fest verbunden, wenn auch zu ihr gehörig. Als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes kann sie keinesfalls gelten, muß vielmehr als Zubehör der Schnellpresse dieser folgen, wie auch das Berufungsgericht anerkennt."

435. Vertrag zwischen Ehegatten über das Getrenntleben (BGB. § 138 Abs. 1). Urt. vom 15. April 08, IV 627/07.

Durch Vertrag vom 14. Nov. 04 hatten die Parteien das Getrenntleben vereinbart und hatte sich der Mann verpflichtet, zum Unterhalte seiner Gattin und Kinder bestimmte Beträge zu zahlen. Die Frau hat eine einstweilige Verfügung vom 16. Mai 05 erwirkt, wodurch dem Manne Zahlung gemäß dem Vertrag aufgegeben wurde. Gegenstand des Rechtsstreits ist die einstweilige Verfügung.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter stellt fest, daß die streitige Vereinbarung das Getrenntleben der Ehegatten als etwas bereits Gegebenes voraussetze und nur darauf ausgehe, die damit verbundenen ungünstigen Folgen zu beseitigen oder zu mildern. Bei solcher Sachlage ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter die Voraussetzungen des BGB. § 138 Abs. 1 nicht gegeben findet (RGZ. 61, 54). Die Vereinbarung selbst ist nach ihrem Wortlaute zeitlich nicht beschränkt. Wenn daher Kläger behauptet, sie sei nur für kurze Zeit, etwa zwei Monate berechnet gewesen, so hätte ihm die Glaubhaftmachung dieser Behauptung obgelegen, die gar nicht unternommen ist. Der Berufungsrichter stellt aber auch tatsächlich fest, daß Kläger selbst die Vereinbarung als für die Dauer des Eheprozesses bindend angesehen hat . . ."

436. Ist ein Erbverzichtsvertrag nichtig, der verhindern soll, daß das Vermögen des Vaters an die Gläubiger seines mit dem Konkurse bedrohten Sohnes fällt? (BGB. §§ 138, 2346). Urt. vom 23. April 08, IV 452/07.

„Der Berufungsrichter stellt tatsächlich und deshalb für diese Instanz unangreifbar fest, daß der Erblasser mit Abschluß des streitigen Erbverzichtsvertrags den Zweck verfolgt hat, zu verhindern, daß sein Vermögen, wenn es auf den mit dem Konkurse bedrohten Kläger vererbt würde, ganz oder teilweise in die Hände der gegenwärtigen und etwaigen zukünftigen Gläubiger seines Sohnes falle. Es ist klar, daß um dieses Zweckes willen das angefochtene Rechtsgeschäft weder als die Ehrbarkeit beleidigend (AllgLR. I, 4 § 7) noch i. S. von BGB. § 138 Abs. 1 als gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet werden kann. Auch dann nicht, wenn die Erreichung dieses Zweckes zugleich die Verschaffung eines Vermögensvorteils für die übrigen Kinder des Erblassers im Gefolge hatte. Noch weniger läßt sich die Nichtigkeit des in den gesetzlichen Formen abgeschlossenen Vertrags aus seinem Inhalte und aus den Umständen des Vertragsabschlusses herleiten. Das damals geltende Recht

(AllgLR. II, 2 § 485) enthielt vielmehr die ausdrückliche Vorschrift, daß ein solcher Vertrag von dem Kinde unter keinerlei Vorwand weiter angefochten werden dürfe. Soweit der Kläger die Anfechtung aus BGB. § 138 Abs. 2 zu begründen versucht, verneint der Berufungsrichter mit Recht, daß Vorschriften des seit 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Rechtes dazu benutzt werden dürfen, einen rechtlichen Erfolg oder einen Rechtszustand wieder umzustoßen, der unter der Herrschaft und mit voller Billigung des älteren Rechts verwirklicht ist und den Beteiligten bereits wohlerworbene Rechte verschafft hat. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob die Hilfe der Gerichte zum Schutze schon erlangter Rechte gegen fremde Angriffe oder erst zum Zwecke der Durchsetzung von Rechten angerufen wird, denen das geltende Gesetz aus Gründen der Sittlichkeit jetzt die Anerkennung versagt. Nur in dem letzteren Falle hat das Reichsgericht (RGZ. 47, 104) die Anwendbarkeit des § 138 auf die unter dem älteren Rechte begründeten Schuldverhältnisse bejaht. Aber auch davon abgesehen, ergeben die eingangs erwähnten tatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters, daß der Erblasser bei Abschluß des Erbverzichtsvertrags überhaupt nicht darauf ausgegangen ist, sich oder Dritten (seinen übrigen Kindern) vom Kläger Vermögensvorteile versprechen oder gewähren zu lassen.

Es fehlt mithin an einem wesentlichen Erfordernis des wucherischen Geschäfts sowohl im Sinne des älteren Gesetzes als des BGB. § 138 Abs. 2. Die Klage ist deshalb von den Vorinstanzen mit Recht abgewiesen worden und auch die Revision des Klägers mußte als unbegründet zurückgewiesen werden . . ."

437. Auslegung eines Vertrags über den Verkauf eines Geschäfts mit der Firma dahin, daß der Verkäufer keine ähnliche Firma annehmen dürfe (BGB. § 157). Urt. vom 4. April 08, I 140/07.

„Das Kammergericht stellt fest, daß die Firma des Beklagten in bezug auf die Unterscheidbarkeit von der Firma der Mitklägerin zu 1 den Anforderungen des HGB. § 30 genüge. Es gelangt aber zur Verurteilung des Beklagten aus den beiden selbständigen Gründen, daß der Gebrauch dieser Firma gegen die Vertragspflichten verstoße und daß UnlWG. § 8 entgegenstehe. In der ersten Richtung führt es aus, daß der Beklagte die Firma ‚Jul. Ad. Gr., Beerdigungsinstitut', trotzdem HGB. § 30 gewahrt sei, nicht führen dürfe, weil sie bei der Eigenartigkeit der beiderseitigen Unternehmungen und den besonderen Verhältnissen, unter welchen die Kundschaft eines Beerdigungsinstituts dessen Dienste in Anspruch nehme, zwischen den beiden Geschäften nicht die dem Vertragswillen entsprechende Unterscheidung sichern, vielmehr die Gefahr der Verwechselung bestehen lasse. Das Kammergericht entnimmt dem Vertrage vom 26. Sept. 02, obgleich darin eine ausdrückliche Bestimmung über diesen Punkt nicht enthalten ist, den ‚unausgesprochenen, aber selbstverständlichen Vertragswillen der Parteien, daß der Beklagte auch über die formellen Vorschriften des HGB. hinaus in der Wahl seiner Firma insoweit beschränkt sein solle, als er nicht durch Annahme einer sich nur wenig von der klägerischen unterscheidenden Firma den geschäftlichen Ruf, den er verkauft, nachträglich selbst wieder für sich ausbeuten' dürfe. Im Hinblick auf die festgestellte Verwechselungsgefahr findet es, daß in der Wahl der bestrittenen Firma gegen die Erfüllung des Vertrages, wie sie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erforderten, verstoßen sei. Legt man die Vertragsauslegung des Kammergerichts zugrunde, so kann der auf die Eigenartigkeit der in Betracht kommenden Unternehmungen gestützten Annahme, daß die Firma des Beklagten nicht die vertraglich gewollte Unterscheidung sichere, kein berechtigtes Bedenken entgegengehalten werden und es ist alsdann auch die Verurteilung des Beklagten, wie sie die angefochtene Entscheidung ausgesprochen hat, durchaus gerechtfertigt. In dieser Richtung hat auch

die Revision selbst keinen Angriff erhoben; denn wenn sie entsprechend der Pos. 3 des Begründungsschriftsatzes auch in Zweifel gezogen hat, ob auf Löschung der Firma und nicht bloß auf Untersagung des Mißbrauchs habe erkannt werden dürfen, so kann sich diese Beanstandung offenbar nur auf die Begründung des Urteils aus dem Gesichtspunkte des UnlWG. beziehen. Die Revision bekämpft aber die Zulässigkeit der Vertragsauslegung. Damit kann sie indessen keinen Erfolg haben. Nur scheinbar begründet ist ihr Einwand, daß es auf einen ‚unausgesprochenen‘ Vertragswillen nicht ankommen könne, was an sich richtig ist. Denn mit der Wendung, daß es sich um einen ‚unausgesprochenen, aber selbstverständlichen Vertragswillen‘ handele, hat das Kammergericht nicht gemeint, noch meinen können einen Vertragswillen, der gar keinen Ausdruck gefunden habe, da es sonst ein Widerspruch wäre, diesen Willen als einen ‚selbstverständlichen‘, also von allen und damit auch von den Vertragschließenden selbstverständlichen zu bezeichnen. Verneint ist nur, daß dieser Vertragswille einen wörtlichen Ausdruck gefunden habe, in dem Sinne ‚ausgesprochen‘ worden sei; dagegen bejaht, daß er in dem übrigen Inhalte des Vertrages einen genügenden Ausdruck gefunden habe, um ihn als selbstverständlich, also notwendig mitgewollt erkennen zu lassen. Auch inhaltlich ist die Auslegung des Kammergerichts zu billigen. Daraus, daß in dem Vertrage vom 26. Sept. 02 die Firma, wie nicht streitig ist, als Hauptgegenstand mitverkauft war — was das Kammergericht zutreffend auf den geschäftlichen Ruf des veräußerten Unternehmens bezieht —, ergibt sich, ohne daß hierüber noch eine besondere ausdrückliche Vereinbarung nötig war, als zum Pflichtenkreis des Verkäufers gehörig, daß er nicht durch Wahl einer Firma, welche die Verwechselung mit der verkauften nahelegte und damit den wirtschaftlichen Wert der verkauften Firma zu seinen Gunsten beeinträchtigte, in den Bestand des veräußerten Gutes eingriff (vgl. Urt. des erkennenden Senats I 318/07 vom 2. Jan. 08). Für diese Frage hat es keine Bedeutung, daß, wie die Revision hervorhebt, die Mitklägerin zu 1 nach einer Instanzbehauptung des Beklagten durch jährliche Reingewinne von 30 000 ℳ schon während der drei Sperrjahre (§ 4 des Vertrages) den auf die Firma entfallenden Teil des Kaufpreises, etwa 100 000 ℳ, bereits längst amortisiert habe. Denn die Veräußerung der alten Firma ist ohne Zeitbeschränkung zu dauernder Verwertung erfolgt. Aber auch der § 4 selbst, welchen die Revision für unvereinbar mit dieser Auslegung erklärt, steht nicht entgegen. Wenn hier bestimmt ist, daß der Beklagte drei Jahre lang kein Konkurrenzgeschäft in B. und Vororten errichten dürfe, so ergibt sich daraus allerdings, daß er nach Verlauf dieser Frist ein Konkurrenzgeschäft einrichten und folgeweise auch, daß er dafür eine Firma führen durfte. Nicht begründet aber wäre der Schluß, daß dem Beklagten hiernach die Wahl jeder dem Gesetz entsprechenden Firma freistehen sollte. Aus der Tatsache, daß für eine bestimmte Zeit ein strengerer Schutz des Käufers vereinbart worden ist, folgt noch nicht, daß für die spätere Zeit auch derjenige Schutz wegfallen sollte, welchen schon an sich und davon ganz unabhängig die Firmenveräußerung kraft ihres obligatorischen Inhalts dem Erwerber gab. Anders würde es nur dann sein, wenn der Beklagte durch die Vorschriften des Gesetzes verhindert wäre, eine Firma zu wählen, welche die Unterscheidung der beiden Unternehmungen in dem weiteren, von dem Kammergericht angenommenen Sinne sicherstellen würde. Denn alsdann müßte man allerdings aus § 4 des Vertrages schließen, daß der Beklagte nicht auf die Wahl einer solchen, nach der Annahme unmöglichen Firma beschränkt sein sollte. Dieser Fall ist aber offenbar nicht gegeben.

Hiernach verstößt der erste Entscheidungsgrund des Kammergerichts nicht gegen das Gesetz. Da er das angefochtene Urteil selbständig trägt, so bedarf es nicht der Untersuchung, ob auch der zweite, auf UnlWG. § 8 gestützte Entscheidungsgrund zu billigen wäre.

Diese Erwägungen rechtfertigen die Zurückweisung der Revision . . .“

438. Unrichtige Beantwortung von Fragen im Versicherungsantrage (BGB. § 157). Urt. vom 7. April 08, VII 271/07.

„Mit Recht macht nun die Revision geltend, daß die Annahme des Berufungsgerichts, auch wegen der Antwort auf Frage 8 stehe diese Vertragsbestimmung dem klägerischen Anspruche nicht entgegen, in den Ausführungen des Urteils keine ausreichende Stütze findet.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß nur das Verschweigen wesentlicher Umstände die Unverbindlichkeit des Versicherungsvertrages für die Beklagte herbeiführe. Es nimmt sodann nach dem Gutachten des Kreisarztes N. an, die Fingerverletzung stelle keinen für die Versicherungsfähigkeit wesentlichen Umstand dar. Wenn die Verletzung aber auch in dem angegebenen Sinne objektiv erheblich sein sollte, habe Kläger doch ohne Verschulden von ihrer Angabe absehen dürfen. Für ein Verschweigen wider besseres Wissen sei kein Anhalt gegeben, ein Irrtum des Klägers über die Erheblichkeit sei entschuldigt, da der sachverständige Arzt ja auch dieselbe Auffassung vertrete.

Diese Ausführungen haben zunächst schon einen nicht bedenkenfreien Ausgangspunkt. Im § 9 des Versicherungsvertrags ist nicht nur vom Verschweigen wesentlicher Umstände, sondern auch von unrichtigen Angaben die Rede. Es bedarf deshalb schon der Prüfung, ob die Antwort des Klägers bloß als ein Verschweigen und nicht vielmehr als eine positive unrichtige Angabe des Inhalts aufzufassen ist, er sei durch Unfälle noch nicht verletzt und, ob unrichtige Angaben die Unverbindlichkeit des Vertrages auch nur nach sich ziehen, wenn sie wesentliche Tatsachen betreffen.

Dabei wird davon auszugehen sein, daß schon, weil nach früheren Unfällen gefragt ist, der Versicherungsnehmer diese wie jede im Antrage an ihn gestellte Frage für erheblich und ihn zur wahrheitsgemäßen Beantwortung verpflichtend anzusehen hatte. Von diesem Gesichtspunkte aus genügt aber die Feststellung des Berufungsgerichts nicht, um den Kläger als entschuldigt zu erachten. Der Umstand, daß der Kreisarzt N. in seinem von der Beklagten überdies noch beanstandeten Gutachten die Handverletzung als für die Versicherungsfähigkeit des Klägers nicht für erheblich bezeichnet, rechtfertigt noch nicht die Annahme, auch Kläger habe seine Anzeigepflicht nicht verletzt. Ein Prüfungsrecht darüber, was für die Versicherungsgesellschaft erheblich oder unerheblich ist, steht dem Versicherungsnehmer nicht zu. Das Gutachten eines Arztes ist hierfür auch nicht maßgebend. Wohl aber ist es für die Entscheidung, ob die an sich unrichtige Beantwortung der Frage zu entschuldigen ist, von Bedeutung, auf die Behauptung des Klägers einzugehen, daß sich trotz der Krümmung des Fingers Folgen des angeblich 27 Jahre zurückliegenden Unfalls in keiner Weise mehr bemerkbar gemacht haben und daß die Hand schon zu der Zeit, als Kläger die Versicherung beantragte, ihre volle Gebrauchsfähigkeit wieder erlangt hatte.

Nach dieser Richtung hin sind weitere Feststellungen erforderlich, die sich, da der Kläger gegen Unfälle beim Radfahren mit versichert und dabei verunglückt ist, auch darauf zu erstrecken haben, ob die Hand zur Führung des Rades voll gebrauchsfähig ist.

Nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme hierüber ist dann neu zu prüfen, ob bei den vorliegenden Verhältnissen nach der besonderen Lage des Falles die unrichtige Antwort als entschuldigt anzusehen ist.

Demgemäß war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen."

439. 1. Gibt es einen Bereicherungsanspruch wegen „indirekter" Bereicherung? 2. Abschluß eines Darlehnsvertrags für einen bestimmten Betrieb (BGB. §§ 164, 812). Urt. vom 7. Mai 08, VI 396/07.

Der Kläger war Lieferant für ein früher dem Beklagten gehöriges Café. Als der Beklagte 1898 in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, verpfändete er es zugunsten seiner Gläubiger einem von ihnen, der es an den Bruder des

Beklagten M. S. vermietete. Vom Juli 1898 an hatte M. S. das Café einige Monate mietweise inne, schied aber dann aus dieser Stellung aus und betrieb das Café bis zum Sommer 1900 als Geschäftsführer und Angestellter des Beklagten.

Der Kläger hat nun dem M. S. auf sein Ansuchen Ende Februar und Anfang März 1900 3000 ℳ und 5000 ℳ gegen Hingabe von Wechseln geliehen. Er hat nur 1800 ℳ zurückerhalten und klagt den Rest der Darlehne ein mit der Begründung, daß sie M. S. im Auftrage und als Stellvertreter des Beklagten für diesen aufgenommen habe, daß jedenfalls M. S. das Geld für die Geschäftszwecke des Cafés verwendet habe und daß der Beklagte dadurch ungerechtfertigt bereichert sei.

Aus den Gründen:

„. . . Die Revision rügt Verletzung des BGB. § 812. Grundsätzlich stehe dem Benachteiligten ein Bereicherungsanspruch nur gegen denjenigen zu, welcher direkt auf Kosten des andern bereichert sei. An der unmittelbar zwischen den Parteien vollzogenen Vermögensverschiebung fehle es im vorliegenden Falle. Habe der Gegenkontrahent des Klägers M. S. die erhaltene Darlehnsvaluta nicht im eigenen, sondern im Interesse des Beklagten verwendet, so möge dies wirtschaftlich ein Vorteil für den Beklagten gewesen sein; der Beklagte sei aber dadurch nicht in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen des Klägers bereichert. Der Angriff muß als berechtigt anerkannt werden.

Aus einem tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, wie es der Berufungsrichter seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, läßt sich ein Anspruch gemäß BGB. § 812 nicht begründen. Für die Fälle, wenn ein Geschäftsführer oder ein Beauftragter oder ein gesetzlicher Vertreter in eigenem Namen mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat und aus einem solchen Geschäfte der Geschäftsherr, der Vertretene, bereichert worden ist, hat (in engeren oder weiteren Grenzen) das gemeine Recht eine actio de in rem verso utilis und haben in Anwendung des PrAllgLR. Theorie und Praxis eine Klage aus der nützlichen Verwendung gewährt. Das DBGB. jedoch hat eine derartige Klage aus der nützlichen Verwendung nicht übernommen (vgl. die Motive zu § 761 des Entw. II, 871 ff.; v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts § 36 S. 334 ff.). BGB. § 812 erklärt denjenigen zur Herausgabe für verpflichtet, der durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß grundsätzlich der Bereicherungsanspruch nur dann gegeben ist, wenn die in Frage stehende Vermögensverschiebung sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat. Aus der Voraussetzung, daß der eine den Vermögenswert auf Kosten des andern erlangt haben muß, ergibt sich eben das Erfordernis einer unmittelbaren Beziehung zwischen den beiden und die Notwendigkeit der Identität des den Verlust des einen und den Gewinn des andern vermittelnden Umstandes. Das ist die Regel, welche durch die vom Gesetze in §§ 816, 822 gemachten Ausnahmen nur bestätigt wird. In diesem Sinne wird das Gesetz auch überwiegend von der Rechtslehre und der Rechtsprechung aufgefaßt (vgl. insbesondere Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Vorbemerkungen zu Tit. XXIV 2 d S. 913; Planck, Kommentar zu § 812 Anm. 2b, 3. Aufl., S. 930; Jung, Die Bereicherungsansprüche § 20 S. 145 und 226, S. 152 Note 243; v. Mayr, cit. § 19 S. 205 ff., 207). Und in gleichem Sinne hat das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen, daß BGB. § 812 eine Vermögensverschiebung erfordere, die unmittelbar zwischen den Parteien stattgefunden hat (Urt. des 4. ZS. vom 1. Dez. 04, IV 207/04, JW. 05, 80 Nr. 19; Urt. des 6. ZS. vom 4. Mai 05, VI 378/04, JW. 04, 391 Nr. 9; Urt. des 4. ZS. vom 6. Juni 07, IV 4/07; Urt. des 7. ZS. vom 26. April 07, VII 292/06, JW. 07, 389 Nr. 6). Das Berufungsgericht will nun zwar anscheinend jenem Grundsatze nicht entgegentreten, aber es meint, durch ihn werde die Berücksichtigung der ‚indirekten‘ Bereicherung nicht ausgeschlossen, und es

beruft sich für seine Ansicht u. a. auf Dernburg, Das bürgerliche Recht (3. Aufl., Bd. II 2 § 380 S. 689 Ziff. V und Note 11) und Crome, System des bürgerlichen Rechts II 2 § 317 S. 983 ff. (vgl. § 321 III S. 997). Allerdings wollen diese beiden Schriftsteller einen Bereicherungsanspruch, ähnlich der früheren Verwendungsklage zulassen, wenn jemand rechtlich als Selbstkontrahent, wirtschaftlich aber für einen andern gehandelt und dann dem letzteren ohne besonderes Erwerbsgeschäft das Erlangte zugewendet hat. Allein selbst vom Standpunkte dieser Lehre aus würde sich die Urteilsbegründung nicht als rechtlich schlüssig erweisen. Hat M. S. in eigenem Namen die Darlehne aufgenommen, dabei in keiner Weise als Stellvertreter im Rechtssinne für den Beklagten gehandelt, das Geld — die Darlehnsvaluta — zunächst in sein Eigentum erworben und nur alsdann durch Zahlung von Geschäftsschulden in des Beklagten Nutzen verwendet, so ist die Bereicherung des Beklagten nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, ohne ein neues Geschäft der Zwischenperson mit dem Bereicherten bewirkt worden. Vielmehr würde alsdann der fragliche Vermögenswert durch weitere selbständige Rechtsakte des M. S., durch Übereignung des Geldes (vgl. BGB. §§ 930, 164 Abs. 1, 181) oder auch ohne solche im Wege der Geschäftsführung, sei es zufolge Auftrages, sei es ohne Auftrag, in das Vermögen des Beklagten gelangt sein. Freilich kann nach Umständen auch eine ‚indirekte‘ Bereicherung, wofern dieser Begriff richtig verstanden wird, einen Anspruch aus BGB. § 812 begründen. Die Bereicherung kann indirekt geschehen sein, z. B. durch Vermittelung eines gesetzlichen oder auch sonst ermächtigten Stellvertreters; aber sie darf nicht mittelbar erlangt sein, d. h. nicht auf dem Umwege über ein anderes Vermögen, durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten (vgl. v. Mayr a. a. O. § 19 S. 205, § 20 S. 218). Bei der vom Berufungsurteile angezogenen Entscheidung des erkennenden Senats vom 19. Juni 02, VI 199/02, GruchotsBeitr. 47, 937 ff., handelte es sich um eine Bereicherung des Beklagten infolge von Rechtsgeschäften des Klägers mit einem handlungsunfähigen Pächter des Beklagten und von Verwendungen auf dessen Gut . . .

Im kaufmännischen und im gewerblichen Verkehr kann ein Vertrag mit dem Geschäftsinhaber auch dann perfekt werden, wenn der abschließende Vertreter von dem andern Vertragschließenden irrtümlich für den Geschäftsinhaber selbst gehalten worden ist (s. Urt. des RG., 7. ZS., vom 29. Nov. 07, RGZ. 67, 148 ff. Nr. 41; vgl. auch Staub, Kommentar zum HGB., Exkurs zu § 58 Anm. 7). Ein obwohl nicht ausdrückliches aber konkludentes Abschließen des Geschäfts im Namen des Prinzipals durch Kontrahieren für einen bestimmten Betrieb wird bei Darlehnsverträgen weniger häufig vorkommen, ist aber auch hier nicht ausgeschlossen. Diesfalls handelt es sich nicht um eine nur ‚verdeckte‘ Stellvertretung, um den in BGB. § 164 Abs. 2 vorgesehenen Tatbestand, sofern hier auf beiden Seiten das gleiche, Abschluß des Geschäftes mit dem Vertretenen, gewollt ist; und der Irrtum wäre nicht ein solcher über eine wesentliche Eigenschaft des Kontrahenten, sondern würde nur die im gegebenen Falle für den Vertragsabschluß unwesentliche geschäftliche Stellung des andern, der die Willenseinigung herbeiführt, das Geld entgegennimmt, betreffen . . .“

440. 1. Wem gegenüber ist die Genehmigung der Schuldübernahme zu erklären? (BGB. §§ 182, 415). **2. Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß** (ZPO. § 461 Abs. 2). Urt. vom 22. April 08, V 313/07.

„. . . Unbegründet ist aber auch die Rüge einer Verletzung der ZPO. § 461 Abs. 2, die die Revision mit Bezug darauf erhebt, daß das Berufungsgericht die Eidesleistung der Kläger über die ihrem Erblasser durch P. von der Schuldübernahme gemachte Mitteilung durch Beweisbeschluß angeordnet hat. Allerdings stellt sich die zum Eide verstellte Behauptung als selbständiges Ver-

teidigungsmittel nur in Verbindung mit der weiteren Behauptung dar, daß der Beklagte dem P. den Auftrag zur Mitteilung gegeben habe. Allein mit der Leistung oder Nichtleistung des Eides war die Entscheidung in der Tat ohne weiteres für das ganze Verteidigungsmittel gegeben; denn stand mit der Leistung des Eides fest, daß die in der Eidesnorm bezeichnete Mitteilung des P. nicht erfolgt ist, so kam es auf den erteilten Auftrag nicht an, und stand mit Nichtleistung des Eides fest, daß P. die Mitteilung unter Bezugnahme auf den Auftrag des Beklagten gemacht hat, so konnte auch die Auftragserteilung selbst als erwiesen gelten. Dies ist, wie die Urteilsgründe ergeben, auch der Standpunkt des Berufungsgerichts bei der Eidesauflage gewesen. Und daß der § 461 Abs. 2 darüber hinaus verlangt, daß von der Eidesleistung die Entscheidung über das ganze Verteidigungsmittel ‚unmittelbar' abhängt, dafür gibt das Gesetz keinen Anhalt.

Ohne Grund wirft die Revision dem Berufungsgericht endlich Nichtberücksichtigung der im Berufungsurteil mit dem Tatbestande des landgerichtlichen Urteils in Bezug genommenen Behauptung vor: Der Erblasser der Kläger habe wiederholt zu erkennen gegeben, daß der Beklagte und sein Bruder für die Hypothek nicht mehr haftbar seien. Diese Behauptung hat in ihrer allgemeinen und unbestimmten Gestalt keine selbständige Bedeutung. Sie wird offensichtlich durch die ihr folgenden Anführungen erläutert und stellt im wesentlichen nur eine Schlußfolgerung daraus vor. Diese weiteren Anführungen aber sind im Berufungsurteil ausreichend und zutreffend gewürdigt. Insbesondere bezieht sich auf sie der Satz in den Entscheidungsgründen: ‚Daß aber A. K. (der Erblasser der Kläger) die Schuldübernahme des N. P. bei den Verhandlungen mit G. genehmigt hat, ist nicht dargetan.' Und in der Tat läßt sich darin, daß A. K. nach dem Weiterverkaufe des Grundstücks von P. an G. ersterem die Hypothek gekündigt, daß G. sich darauf mit K. wegen Belassens der Hypothek in Verbindung gesetzt hat und daß beide das Stehenbleiben der Hypothek vereinbart haben, die Genehmigung einer Schuldübernahme i. S. des BGB. § 415 und des von der Revision herangezogenen Urteils des erkennenden Senats RGZ. 63, Nr. 12 überhaupt nicht — und darin, daß K. dabei dem G. erklärt hat, er werde und könne sich nur noch an ihn, G., und das Grundstück halten, jedenfalls nicht eine Genehmigung der zwischen dem Beklagten und P.s vereinbarten Schuldübernahme finden, dies namentlich auch deshalb nicht, weil eine solche Genehmigung wirksam nur dem Beklagten oder P. gegenüber erklärt werden konnte (BGB. § 182; Planck, Anm. 1 Abs. 1 zum § 415). Daß G. bei den Verhandlungen als Stellvertreter des Beklagten oder P.s aufgetreten sei, ist nicht behauptet. Übrigens ist diese letzte Anführung nach der vom Berufungsgericht aufrecht erhaltenen und von der Revision nicht beanstandeten Feststellung des Landgerichts durch die Bekundungen von G. und N. widerlegt ..."

441. Zurückbehaltungsrecht am Hypothekenbriefe für den, der die Hypothek von einem nicht dazu Ermächtigten abgetreten erhalten hat, gegenüber dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe des Briefs (BGB. §§ 185, 273 Abs. 1, 242). Urt. vom 21. März 08, V 375/07.

Der Kläger übergab dem L. L. auf Grund schriftlichen Vertrags vom 3. Okt. 02 den Brief über eine Teilhypothek des Klägers. L. L. trat die Teilhypothek durch Urkunde vom 15. Okt. 02, worin er sich selbst als den eingetragenen Gläubiger bezeichnete, unter Übergabe des Hypothekenbriefs an den Beklagten ab. Dieser erlangte die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen. Der durch das Grundbuchamt benachrichtigte Kläger erwirkte eine einstweilige Verfügung gegen den Beklagten und die Eintragung eines Widerspruchs. Er klagt auf Einwilligung, daß die auf den Beklagten erfolgte Umschreibung gelöscht wird, und auf Herausgabe des Hypothekenbriefs.

Das Kammergericht als Berufungsgericht hat die Urkunde vom 3. Okt. 02 dahin ausgelegt, daß dem L. L. nur gestattet worden ist, die Hypothek nur

durch Hingabe des Hypothekenbriefs zu verpfänden, nicht aber auch die Hypothekenforderung zu verpfänden oder abzutreten.

Aus den Gründen:

„... Indem der Kläger dem L. L.-B. gestattete, in der vom Berufungsgericht festgestellten Weise über den Hypothekenbrief zu verfügen, um sich darauf Geld zu verschaffen, gab er seine Einwilligung dazu, daß jener über den Brief in solcher Weise und zu solchem Zwecke auch in eigenem Namen verfügte. Und insofern die Verfügung vom 15. Okt. 02, wenn auch nur in ihrem rechtlichen Erfolge, durch diese Einwilligung gedeckt wird, muß sie der Kläger nach dem § 185 Abs. 1 gegen sich gelten lassen. Nun kann in der Abtretung der Hypothek und in der zu ihrer Ausführung erfolgten Übergabe des Hypothekenbriefs zwar nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, die gleichzeitige Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts am Briefe gefunden werden. Das Abtretungsgeschäft ist, da L. L.-B. zur Abtretung nicht berechtigt noch ermächtigt war und der Kläger seine Zustimmung versagt, im ganzen Umfange unwirksam, und zwar absolut unwirksam, insbesondere auch dem Abtretenden selbst gegenüber (vgl. Planck, Vorbem. VI 2, VII 3 u. 4 zum 3. Abschnitt des 1. Buchs des BGB.). Diese absolute Unwirksamkeit oder Nichtigkeit erstreckt sich auf die Hingabe des Hypothekenbriefs und andererseits auf die Zahlung des Entgelts für die Abtretung (s. § 139 a. a. O.). Der Beklagte hat den Besitz des Briefes von L. L.-B. und dieser das Entgelt von jenem ohne Rechtsgrund erlangt, und beide sind nach BGB. § 812 (vgl. Planck, Anm. 1c Abs. 2 dazu) an sich verpflichtet, das Empfangene einer dem andern herauszugeben. Die beiderseitigen Verpflichtungen beruhen indes, wie sich aus dem Gesagten ohne weiteres ergibt, auf einem Verhältnisse, das nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als einheitliches aufzufassen ist, demnach auf demselben rechtlichen Verhältnisse des § 273 Abs. 1 (vgl. Planck, Anm. 1a zum § 273; RGZ. 57, 6/7 Nr. 1; ferner GruchotsBeitr. 51, 168/169), und dies begründet nach der oben bezeichneten Gesetzesbestimmung insbesondere für den Beklagten dem L. L.-B. gegenüber das Recht, die Herausgabe des Hypothekenbriefs zu verweigern, bis dieser das für die Abtretung empfangene Entgelt zurückerstattet. In diesem Zurückbehaltungsrechte des Beklagten ist so durch die unberechtigte Verfügung des L.-B. ein Rechtserfolg herbeigeführt, der durch die in der Vertragsurkunde vom 3. Okt. 02 enthaltene Einwilligung des Klägers gedeckt wird und den der Kläger deshalb auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr gegen sich gelten lassen muß ..."

442. Einfluß des über den Unfallsanspruch geführten Rechtsstreits auf den Nervenzustand des Verletzten als Unfallsfolge (BGB. § 249).
Urt. vom 14 April 08, III 380/07.

„Mit Unrecht rügt die Revision mehrfache Rechtsverstöße. Der Berufungsrichter erachtet als Unfallsfolgen auch die Wirkungen, die der von der Klägerin wegen ihrer Unfallsansprüche geführte Rechtsstreit auf deren Nervenzustand möglicherweise ausgeübt hat. Denn diese etwaigen Wirkungen wären als die gewöhnlichen und nicht als Folge eines besonderen Zustandes der Klägerin eingetreten. Damit ist der Rechtsbegriff des Kausalzusammenhangs nicht verkannt, sondern richtig angewendet. Auch wenn dem Urt. des 6. ZS. des RG. vom 5. März 06 (JW. 06, 231) beizupflichten ist, was dahinstehen kann, liegt ein Widerspruch mit diesem Urteil nicht vor. Dieses Urteil ist ergangen für das Preußische Allgemeine Landrecht, für besondere individuelle Eigenschaften des Verletzten und für die Tatsache, daß der Sachverständige die Ursache des Leidens zu einem Viertel der Aufregung durch den Prozeß zugeschrieben hatte. Hier aber handelt es sich um das Recht des BGB., um den gewöhnlichen Lauf der Dinge und um die bloße Möglichkeit einer Einwirkung des Prozesses. Eine lediglich tatsächliche Beurteilung ist es ferner, daß sich nicht ermessen lasse, wann teilweise oder ganze Heilung eintreten werde. Von

dieser Grundlage aus war es nicht rechtsirrtümlich, daß die Geldrente auf unbestimmte Zeit zugesprochen und der Beklagte auf ZPO. § 323 verwiesen ist . . ."

443. Außergerichtliche Befragung eines Zeugen durch den Sachverständigen. Kausalität zwischen Verletzung und Erkrankung (BGB. § 249; ZPO. §§ 402, 355). Urt. vom 14. April 08, VII 363/07.

„Der Berufungsrichter erachtet auf Grund des Gutachtens des Geh. Rats Prof. Dr. C. zu H. für erwiesen, daß das bei dem Erblasser der Kläger aufgetretene ‚Krebsleiden' (soll heißen: Sarkomleiden), an dem er gestorben ist, eine Folge des Unfalls im Sinne der Versicherungsbedingungen gewesen ist, den der Verstorbene am 13. Aug. 1904 durch den Stoß gegen ein Bierfaß erlitten hat. Die Revision erhebt zunächst den prozessualen Angriff, daß sich das Gutachten des Prof. C. auf eine außergerichtliche Versicherung des in erster Instanz als Zeuge vernommenen Dr. B. stütze — was unzulässig sei. Der Angriff ist nicht begründet. Wäre es richtig, daß der Sachverständige die von ihm gewonnene wissenschaftliche Überzeugung auf eine nicht prozeßgerecht festgestellte Tatsache gestützt hätte, so würde der Vorwurf zutreffen (vgl. das Urt. des 6. ZS. vom 8. Jan. 03, VI 143/220 02, teilweise abgedruckt in JW. 03, 66, ferner das Urt. des 5. Senats vom 22. April 03, GruchotsBeitr. 47, 1167). Allein dies ist nicht richtig. Der Sachverständige geht davon aus, daß die bei dem Verstorbenen unmittelbar nach dem Unfall vorgefundene Verletzung nur in einer durch Bluterguß bedingten Anschwellung bestanden habe; ein tieferer Abschnitt des Blutergusses sei durch die derbe Knochenhaut von dessen oberflächlicher Schicht getrennt gewesen. Dabei beruft sich der Sachverständige auf die Versicherung des Dr. B., mit dem er wegen der Wichtigkeit der von ihm eidlich erstatteten Aussage noch persönlich gesprochen habe. Es handelte sich also auch nach der Meinung des Gutachters nur um eine Bestätigung oder nähere Erläuterung dessen, was der Dr. B. in prozessual einwandfreier Weise beurkundet hatte, nicht etwa um etwas Neues, mit der Bekundung in Widerspruch Stehendes. Der Zeuge hatte von einer Anschwellung an der Außenseite die Schienbeinkopfes und von einer tiefer liegenden Geschwulst gesprochen, dabei aber erklärt, daß er die tödliche Sarkombildung auf den Unfall zurückführe. Der Sachverständige hatte diese Aussage dahin aufgefaßt, daß der Zeuge unter der ‚Geschwulst' keine Sarkomgeschwulst, sondern eine mit dem Bluterguß in Verbindung stehende Anschwellung verstanden habe, weil die Bildung einer Sarkomgeschwulst infolge äußerer Verletzung einen längeren Zeitraum erfordert, die Schlußfolgerung des Zeugen also mit einer andern Auffassung unverträglich war. Bei der Wichtigkeit der Sache hielt sich aber Prof. C. für verpflichtet, den Zeugen nochmals zu befragen, und dieser bestätigte die Richtigkeit der Annahme des ersteren. Darin kann ein prozessualer Verstoß nicht gefunden werden; das Gutachten beruht auf der prozeßordnungsmäßigen Aussage des Dr. B., deren Tragweite dieser nur nochmals außergerichtlich gegen jedes Bedenken sichergestellt hat. Einer nochmaligen Vernehmung des Zeugen bedarf es unter solchen Umständen nicht.

Auch die fernere Rüge, die sich gegen die Anwendung des Unfallbegriffs, wie er in den Versicherungsbedingungen festgelegt ist, auf den vorliegenden Fall richtet, vermag nicht durchzugreifen. Der Sachverständige C. erwähnt von einer Disposition des Verstorbenen für Sarkombildung nichts. Er meint, daß man über die Ursache der Sarkomentwicklung nichts wisse und kommt zu dem Ergebnis, daß im gegenwärtigen Falle, in dem kein Moment gegen den ursächlichen Zusammenhang zwischen Sarkombildung und Verletzung spreche, dieser Zusammenhang wahrscheinlich sei; mehr Beweise seien nur selten aufzufinden. Wenn hiernach der Berufungsrichter den Beweis der Kausalität im Sinne der Versicherungsbedingungen für geführt erachtet, so ist dies rechtlich nicht zu mißbilligen (RGZ. 15, 338). Der Berufungsrichter deutet allerdings auf die Möglichkeit einer Disposition des Z. für die Sarkombildung hin.

Allein damit sollte nach dem ganzen Zusammenhange der Erwägungen nicht etwa gesagt sein, daß diese Disposition bereits zu krankhaften Veränderungen im Körper des Verletzten geführt habe oder daß sie ohne den Unfall jemals nachteilig sich bemerkbar gemacht hätte. Es läßt sich daher sehr wohl feststellen, daß lediglich der Unfall als ausschließliche Ursache des Sarkoms und damit des Todes des Z. anzusehen ist, auch wenn die bezeichnete Disposition vorhanden war. Der Fall, der dem Urteile des erkennenden Senats vom 19. Febr. 07 (JW. 210, 17) zugrunde lag, war anders gestaltet: dort war angenommen, daß eine Krebsgeschwulst bereits vor dem Unfall bestanden habe und auch ohne ihn den Tod, wennschon vielleicht später, herbeigeführt haben würde. Ist aber nichts weiter gegeben, als eine bloße körperliche, die schädlichen Wirkungen einer äußeren Verletzung begünstigende Anlage, so ist eine Auslegung der Versicherungsbedingungen, die auch bei solcher Anlage allein die Verletzung als die Ursache des eingetretenen Todes betrachtet, rechtlich nicht zu beanstanden. In der mündlichen Verhandlung versuchte der Vertreter der Revisionsklägerin eine Bemänglung des Gutachtens des Prof. C. nach der Richtung, daß einmal etwa acht Wochen als Zeitraum zwischen der Verletzung und der früheren Diagnose des Sarkoms, das andere Mal als Zeitraum zwischen der Verletzung und der Entstehung der ‚primären Geschwulst' angegeben seien, darin soll ein Widerspruch liegen. Allein was der Sachverständige sagen will und worauf es ankommt, ist nur, daß der von der Wissenschaft geforderte Zeitraum zwischen der Verletzung und der Sarkombildung jedenfalls gewahrt sei. Daß der Gutachter gemeint haben könnte, eine bald nach der Verletzung entstandene Sarkomgeschwulst sei erst nach acht Wochen erkennbar, der Diagnose zugänglich geworden, ist völlig ausgeschlossen.

Durfte hiernach der Berufungsrichter dem Gutachten des Prof. C. folgen, so erweist sich die Revision, der das Gebiet der Beweiswürdigung verschlossen ist, als unbegründet, da auch sonstige, von Amts wegen zu berücksichtigende rechtliche Bedenken gegen das Berufungsurteil nicht bestehen."

444. Zusammenhang zwischen dem Betriebe einer Eisenbahn und dem Aussteigen der Fahrgäste. Liegt ein eigenes Verschulden des Verletzten vor, der verunglückt, als er auf einer Station aus einem Wagen aussteigt, der nicht am Bahnsteig hält? (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 30. März 08, VI 409/07.

„I. Die beiden Vorinstanzen sind davon ausgegangen, daß ein Betriebsunfall i. S. von HaftpflG. vom 7. Juni 71 § 1 vorliege. Die Revision hat diese Frage der Nachprüfung unterstellt. Es kann aber durchaus keinem Zweifel unterliegen, daß der Unfall der Klägerin bei dem Betriebe der Eisenbahn erfolgt ist. Als ein Betriebsvorgang der Bahn stellt sich auch das Aussteigen der Fahrgäste aus dem stillstehenden Eisenbahnzuge nach dessen Ankunft auf der Station dar. Im übrigen hat das Berufungsgericht das Bestehen eines nicht nur örtlichen und zeitlichen, sondern auch inneren, ursächlichen Zusammenhanges des Unfalles mit der Betriebstätigkeit der Eisenbahn (vgl. RGZ. 55, 230 Nr. 53) in unanfechtbarer Weise festgestellt. Der Einwand des Revisionsklägers, der Unfall hätte sich in gleicher Weise auch beim Aussteigen aus einem anderen Fuhrwerke ereignen können, ist nicht zutreffend, aber auch rechtlich unerheblich.

II. Der Beklagte hat ein mitwirkendes eigenes Verschulden der Klägerin geltend gemacht: sie sei unvorsichtig ausgestiegen; sie habe gesehen, daß der Zug nicht am Bahnsteige hielt, habe jedenfalls bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wahrnehmen müssen, daß der Wagen außerhalb des Bahnhofes stand; der Bahnhof sei ihr bekannt. Daraus habe sie den Schluß ziehen müssen, daß der Zwischenraum zwischen der untersten Stufe und dem Boden ein bedeutender sei. Das Berufungsgericht hat, wie schon der erste Richter, diesen Einwand verworfen. An eine Schwierigkeit des Abstieges zu

denken, habe die Klägerin, auch wenn sie gesehen hätte, daß der Zug nicht am Bahnsteige hielt, keine Veranlassung gehabt; auf diese Schwierigkeit sei sie weder von den vor ihr aussteigenden Fahrgästen noch von den Bahnbeamten irgendwie aufmerksam gemacht worden. Selbst den Abstand des Trittbrettes vom Boden abzuschätzen sei die Klägerin von ihrem Standpunkt aus nicht in der Lage gewesen, da erfahrungsgemäß die Abschätzung von Abständen in die Tiefe täusche, das Sehvermögen der Klägerin, die eine Brille trug, auch kein ganz normales gewesen sei. Übrigens habe es ihr zur Anstellung besonderer Betrachtungen und Überlegungen auf jeden Fall an der hierzu erforderlichen Zeit gefehlt.

Die Revision wendet sich gegen diesen Teil der Entscheidung mit der Rüge einer Verletzung des BGB. § 254, HaftpflG. § 1 und ZPO. § 286. Es sei zu Unrecht jegliches Verschulden der Klägerin verneint. Im Eisenbahnverkehr sei auch von dem Publikum ein den gegebenen Verhältnissen entsprechendes, besonderes Maß eigener Vorsicht zu verlangen. Daß zeitweise ein Bahnzug seiner Länge wegen über den Bahnsteig hinausfahren müsse, sei ein Vorkommnis, welches seitens der Bahnverwaltung nicht zu vermeiden sei, mit dem aber andererseits das Publikum zu rechnen habe. Der Fahrgast habe darauf zu achten, wo er auszusteigen habe, und das treffe um so mehr auf die Klägerin zu, als diese nach den Feststellungen der Vorinstanzen ziemlich korpulent und auch kurzsichtig sei. Sie hätte sich für das Aussteigen der Unterstützung ihrer beiden mitreisenden Töchter bedienen können, oder hätte sich um Hilfe an das Zugspersonal wenden sollen. Letzteres sei dadurch, daß der Zug auf der Station L. fahrplanmäßig nur eine Minute Aufenthalt hat, keineswegs erschwert gewesen: der Zug fahre nicht eher ab, als bis alle Türen geschlossen seien, die Klägerin habe daher schlimmstenfalls warten sollen, bis der Schaffner herankam, um die Tür zu schließen und habe dann mit dessen Hilfe absteigen können. Wenn die Klägerin gleichwohl und trotz körperlicher Unbehilflichkeit blindlings abgesprungen sei, so liege darin ein eigenes Verschulden, das mindestens eine Teilung des Schadens begründe.

Der Angriff ist nicht für berechtigt zu erachten. Die Eisenbahnverwaltung ist — nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie vermöge des Beförderungsvertrages — verpflichtet, die Einrichtungen so zu treffen, daß der Fahrgast ungefährdet auf der Station ein- und aussteigen kann, und der Reisende darf im allgemeinen darauf vertrauen, daß hierfür in entsprechender Weise Sorge getragen sei. Nun kann es allerdings erfahrungsgemäß vorkommen, daß ein Bahnzug wegen seiner Länge oder wegen der verhältnismäßig geringen Ausdehnung der Bahnsteiganlage auf der betreffenden Bahnstation nach der Anfahrt in der Art zu stehen kommt, daß für einen Teil der Fahrgäste das Aussteigen unmittelbar vom Wagen auf den Bahnsteig nicht möglich ist. Und es wird solchenfalls, wie der Revision zugegeben werden mag, die eingetretene Sachlage, unangesehen der Frage, ob diese durch einen Fehler der Betriebseinrichtungen herbeigeführt ist, von dem Fahrgast bei seinem eigenen Verhalten nach Maßgabe der im Eisenbahnverkehr auch von dem Publikum anzuwendenden Sorgfalt in Rücksicht zu ziehen sein. Allein wenn im vorliegenden Falle die Fahrgäste einen Abstand von über 70 cm zwischen Trittbrett und Erdboden beim Aussteigen zu überwinden hatten, so erscheint das denn doch als eine ganz ungewöhnliche und in besonderem Maße gefährliche Situation, auf welche der Reisende nicht gefaßt zu sein braucht. Es wäre, wofern nach den Betriebsverhältnissen ein derartiges Vorkommnis nicht vermeidbar sein sollte, Sache der Bahnverwaltung oder der Bahnbediensteten, den Aussteigenden hierbei Hilfe zu gewähren oder sie mindestens auf die besondere Gefährdung aufmerksam zu machen. Aus der Unterlassung der Vorsichtsmaßregeln, welche nach Ansicht der Revision die Klägerin hätte beobachten sollen, kann ihr schon deshalb kein Vorwurf gemacht werden, weil sie nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts den außergewöhnlichen Abstand des Trittbrettes vom Boden nicht erkannt hat und auch nicht sofort erkennen konnte. Es ist überdies völlig einleuchtend,

daß der Klägerin bei ihrer Stellung zwischen anderen teils vor, teils hinter ihr aussteigenden Fahrgästen und bei der gebotenen Eile nicht ein längeres Besinnen oder Abwarten ermöglicht war. Und es kann ganz davon abgesehen werden, daß ein Bahnbeamter, den sie zur Unterstützung hätte herbeirufen können, hierzu, wie nach der Ausführung im Berufungsurteil zu unterstellen, im fraglichen Zeitpunkte nicht verfügbar gewesen wäre. Daß die Klägerin körperlich — zufolge von Leibesstärke oder Kurzsichtigkeit — in einem Grade unbehilflich gewesen wäre, der ihr das Absteigen ohne Beihilfe anderer bei Anwendung der erforderlichen Vorsicht überhaupt verboten hätte, ist aus dem festgestellten Sachverhalt keineswegs zu entnehmen. Auch liegt dafür nichts vor, daß die Klägerin das Absteigen selbst fahrlässig ungeschickt bewerkstelligt habe, daß sie, wie die Revision meint, ‚blindlings abgesprungen‘ wäre.“

445. Mitwirkendes Verschulden des Mieters beim Betreten des Hofes in der Dunkelheit. Kann der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens auf eine Vertragsverletzung gegründet werden? (BGB. §§ 254, 847). Urt. vom 14. April 08, III 246/07.

„Die beklagte Ehefrau ist Eigentümerin eines in B. belegenen Hausgrundstücks. Am 18. Okt. 1903 kam der Kläger, der damals in dem Hinterhause zur Miete wohnte, abends 7¼ Uhr in dem unbeleuchteten Hofraum dadurch, daß er an die Deichsel eines auf dem Hofe stehenden Aschewagens anstieß, zu Fall und zog sich hierbei einen Doppelbruch des rechten Handgelenkes zu. Das Berufungsgericht hat die vom Kläger gemäß § 847 BGB. geforderte Entschädigung von 200 ℳ und zum Teil die geforderte Rente von 200 ℳ monatlich zugesprochen, die Mehrforderung abgewiesen.

Die Ausführung des Urteils, daß die Beklagte wegen der auf dem Hofe vorhandenen Verkehrshindernisse auf Grund des Mietvertrags verpflichtet war, für eine Beleuchtung des dem Kläger als Zugang zu seiner Wohnung dienenden Hofes zu sorgen, und daß sie für das Verschulden der von ihr mit der Verwaltung des Hauses betrauten Personen nach § 278 BGB. haftet, ist rechtlich zutreffend und von der Revision nicht angegriffen.

Mit Recht aber führt die Revision Beschwerde darüber, daß ein mitwirkendes Verschulden des Klägers vom Berufungsgericht verneint worden ist. Der Kläger wußte, daß der Aschenkastenwagen auf dem Hofe stand und sogar, daß die Deichsel nach dem Vorderhaus zu gerichtet war, wenn auch ihre Stellung nicht immer die gleiche blieb; er wußte auch, daß der Hof schmal ist und daß außer dem Wagen noch andere Verkehrshindernisse vorhanden waren. Unter diesen Umständen gebot es die Vorsicht, daß er sich mit Licht versah. Daß er hierzu nicht in der Lage gewesen wäre, hat er nicht geltend gemacht und kann bei dem vorliegenden Sachverhältnis nicht angenommen werden (vgl. Urt. des 3. ZS. des RG. vom 5. Febr. 07, III 305/06 und vom 26. Febr. 07, III 338/06). Für die Unterstellung des Berufungsgerichts, daß der Kläger nicht im Gedächtnis behalten habe, daß der Aschewagen im Hofe stand, fehlt es an jeder Begründung und an jedem tatsächlichen Anhalt. Hätte aber der Kläger, was er selbst gar nicht geltend gemacht hat, beim Betreten des Hofes an den Wagen nicht gedacht, so würde sein Verschulden darin bestehen, daß er sich dieser Gedankenlosigkeit und Unaufmerksamkeit hingab. Das Verschulden des Klägers ist nicht geringer als das der Beklagten. Sein Anspruch kann daher nur zur Hälfte zugesprochen werden.

Das angefochtene Urteil ist noch in einem weiteren, von der Revision nicht hervorgehobenen Punkte rechtlich zu beanstanden. Die Zuerkennung der als Ersatz des immateriellen Schadens geforderten 200 ℳ wird vom Berufungsgericht darauf gegründet, daß die Beklagte ihre Vertragspflichten als Vermieterin verletzt habe. Der Anspruch durfte aber nur zuerkannt werden, wenn die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung — § 823 ff. BGB. — vorlagen (§§ 254, 847 BGB.; Urt. des 3. ZS. des RG. vom 26. Febr. 07,

III 338/06 und 1. Okt. 07, III 89/07). Es war zu prüfen, ob die Sachlage so gestaltet ist, daß der Rechtssatz zur Anwendung kommen kann, nach welchem demjenigen, der in Gebäuden einen Verkehr für andere eröffnet, die Herstellung und Erhaltung der Vorkehrungen, welche der gefahrlose Verkehr erfordert, obliegt mit der Wirkung, daß die mangelhafte Erfüllung dieser Pflicht die Verbindlichkeit zum Ersatze des verursachten Schadens nach Maßgabe des § 823 BGB. nach sich zieht (vgl. RGZ. 54 S. 53, 56 ff.). Weiter würde auch der Einwand der Beklagten erheblich sein, daß sie während ihrer Abwesenheit den Ofensetzmeister B. zum Verwalter des Hauses bestellt habe und daß dieser durchaus hierzu geeignet gewesen sei, ferner, daß sie zur Besorgung der Haushältergeschäfte eine Frau, F. S., angestellt habe und daß diese eine durchaus zuverlässige Person sei. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand nicht vom Standpunkt der §§ 823, 831 BGB. aus gewürdigt; es beseitigt ihn durch die Erwägung, daß die Pflicht für die Verkehrssicherheit im Hofe Sorge zu tragen, unbestritten zu den Vertragspflichten des Vermieters gehöre und daß die Beklagte, wenn sie sich zur Erfüllung ihrer Pflichten einer anderen Person bedient habe, für deren Verschulden gemäß § 278 BGB. hafte, ohne daß ihr der Satz 2 Abs. 1 des § 831 BGB. zu Hilfe käme. Der § 278 BGB. kann aber hier keine Anwendung finden."

446. 1. Zusammentreffen von arglistigem mit bloß schuldhaftem Verhalten (BGB. §§ 254, 826). **2. Ausfall der regelmäßigen Sitzung als unabwendbarer Zufall** (ZPO. § 233). Urt. vom 11. April 08, V 312/07.

„Zu den geschäftsordnungsmäßig bestimmten regelmäßigen Sitzungstagen des erkennenden Senats des Berufungsgerichts zählte der 17. April 1906, an welchem Tage die Frist zur Einlegung der Berufung gegen das landgerichtliche Urteil ablief. Die Sitzung ist indessen ausnahmsweise an jenem Tage ausgefallen. Das Berufungsgericht hat hierin im Sinne des § 233 ZPO. einen ‚unabwendbaren Zufall' gefunden und angenommen, daß im Falle der Abhaltung der Sitzung die Notfrist noch gewahrt werden konnte und auch gewahrt sein würde. Diese nicht zu mißbilligenden Ausführungen lassen die gegen die Versäumung der Notfrist bewilligte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gerechtfertigt erscheinen.

Nach der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts war dem Beklagten bekannt, daß die E.sche Hypothek von 2600 ℳ am 30. Juni 1904 fällig wurde und daß vom Gläubiger die Gewährung von Stundung nicht zu erwarten stand; gleichwohl hat der Beklagte auf Nachfrage ausdrücklich versichert, die Hypotheken stehen sämtlich fest, und dadurch den von der Mutter der Klägerin zu ihrem Bevollmächtigten bestellten E. zum Abschlusse des Vertrags bestimmt.

Auch gegen diese Feststellungen bestehen keine Bedenken. Daß die Klägerin das Grundbuch nicht eingesehen und sich dadurch nicht selbst von der Fälligkeit der Hypotheken Gewißheit verschafft hat, kann nicht in Betracht kommen. Der Beklagte, der jene bewußt wahrheitswidrige Versicherung abgegeben hat, kann dadurch nicht entlastet werden und er kann gegen die Klägerin auch nicht den Vorwurf eines mitwirkenden Verschuldens im Sinne des § 254 BGB. erheben, letzteres schon deshalb nicht, weil diese Vorschrift (Urt. des RG. vom 2. Nov. 07, JW. 08, 9 Nr. 10) beim Zusammentreffen von arglistigem mit bloß schuldhaftem Verhalten überhaupt nicht anwendbar ist."

447. Kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn bestimmte Lieferungsfristen von der Abforderung an vereinbart sind? (BGB. § 284 Abs. 2). Urt. vom 17. März 08, II 520/07.

„. . . Das Oberlandesgericht ist auf Grund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Sukzessivlieferungsvertrages und ihres Briefwechsels, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, zu der Feststellung gelangt, daß die

Beklagte, und darüber herrsche unter den Parteien kein Streit, mit dem Ablaufe des 7. Juli 1906 hinsichtlich der am 15. Juni 1906 fällig gewordenen Barzahlung von 1930 ℳ in Zahlungsverzug geraten sei und damit der Rücktritt der Klägerin vom Vertrage berechtigt sein würde, falls diese damals nicht selbst sich im Lieferungsverzuge befunden hätte, wie die Beklagte behaupte. Es hat letzteres verneint, die hierzu gegebene Begründung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Zunächst ist dem Oberlandesgericht darin beizutreten, daß, wenn auch in dem Lieferungsvertrage bestimmt ist, die Klägerin sei verpflichtet, Quantitäten bis 1000 kg innerhalb 48 Stunden, bis zu 3000 kg innerhalb 72 Stunden und Quantitäten darüber hinaus innerhalb 120 Stunden nach Abforderung der Beklagten zu liefern, dennoch BGB. § 284 Abs. 2 nicht Anwendung zu finden hat, weil der Tag, von dem ab die Lieferungsfrist zu berechnen ist, vertragsmäßig nicht feststeht, sondern von dem ungewissen Ereignisse der Abforderung abhängt, die nicht als eine Kündigung aufgefaßt werden kann (RGZ. 60, 84). Es bedurfte daher einer Mahnung nach eingetretener Fälligkeit der Lieferung, um die Klägerin in Lieferungsverzug zu setzen. In dieser Beziehung hat nun aber das Berufungsgericht ausgeführt: Im März 1906 habe die Klägerin mehr, als abgerufen, geliefert, und in den folgenden Monaten bis zum 14. Juli 1906 habe die Beklagte zur Lieferung fällig gewordener Kohlensäuremengen nicht gemahnt, namentlich sei eine Mahnung nicht zu entnehmen aus dem Schreiben der Klägerin vom 28. Mai 1906; das Beweiserbieten der Beklagten durch das Zeugnis ihrer Angestellten R. und J. dahingehend, daß sie fast täglich wegen Lieferung mündlich und telephonisch gemahnt hätten, sei unerheblich, weil das Gericht aus dem Briefwechsel und der ganzen Sachlage die Überzeugung gewonnen habe, es habe sich hierbei nicht um das ernstliche Verlangen auf Bewirkung fälliger Lieferungen, um den Willen, in Verzug zu setzen, gehandelt; ferner habe sich das Verhältnis unter den Parteien so gestaltet gehabt, daß sie sich im Geschäftsverkehr gegenseitig kleine Unregelmäßigkeiten nachgesehen hätten und die Beklagte habe sich namentlich dabei beruhigt, als die Klägerin ihr geschrieben habe, sie werde die März- und Aprilbestellungen sukzessive liefern, sie habe auch auf die verschiedenen Zahlungsaufforderungen der Klägerin bis zum 3. Juli 1906 stets deren Forderungen berichtigt oder zu berichtigen versprochen, ohne eines Lieferungsverzugs der Klägerin zu erwähnen und in ihrem Schreiben vom 14. Juli habe sie nur eine erst vor einigen Tagen abgerufene geringe Kohlensäuremenge gefordert, ihre späteren Schreiben beträfen aber neue Bestellungen; endlich habe die Beklagte ihren Schadensersatzanspruch nicht darauf gestützt, daß die Klägerin vor dem 14. Juli nicht rechtzeitig geliefert habe, damit habe sie zu erkennen gegeben, daß sie selbst vor diesem Zeitpunkte keinen Wert auf rechtzeitige Lieferung gelegt habe und sie habe deshalb vorher auch nicht rechtzeitig gemahnt. Diese, ein zusammenhängendes Ganze bildende Begründung ist rechtlich nicht zu beanstanden, sie enthält tatsächliche Erwägungen, entnommen aus dem einschlägigen Briefwechsel, aus dem gegenseitigen Verhalten der Parteien selbst und aus der ganzen Sachlage. Das Oberlandesgericht hat unterstellt, daß die erwähnten Zeugen dasjenige, was die Beklagte in ihr Wissen gestellt hat, bekunden würden, hat dieses aber unter Berücksichtigung des eigenen Verhaltens der Beklagten bezüglich kleiner Unregelmäßigkeiten im Geschäftsverkehr nicht für geeignet gehalten, um daraus eine ernstliche, Verzug begründende Mahnung zu entnehmen und konnte hiernach von der Erhebung des erbotenen Beweises ohne prozessualen Verstoß absehen. Es hat ferner nicht übersehen, daß in dem Vertrage bestimmte Lieferungsfristen vorgesehen waren, diesen Umstand aber bei dem beiderseitigen Verhalten der Parteien in Ausführung des Vertrages nicht als entscheidend erachtet, wie es denn auch daran anschließend die Bedeutung des Schreibens der Beklagten vom 14. Juli 1906 als eine wirksame Mahnung mit der weiteren Erwägung verneinen durfte, daß der betreffende Abruf erst einige Tage vorher geschehen war und nur eine geringe Kohlensäuremenge abgerufen worden war . . ."

448. Gilt die Formvorschrift BGB. § 313 auch für die in besonderer Urkunde erfolgte Vereinbarung über die Zahlung des Kaufpreises? Heilung der Nichtigkeit durch die Auflassung und Eintragung, auch wenn mehrere aufeinanderfolgende Veräußerungen vorangingen (BGB. §§ 313, 125). Urt. vom 11. April 08, V 475/07.

„Die Klage stützt sich auf das vom Beklagten in der privatschriftlichen Urkunde vom 30. April 1904 abgegebene Versprechen, das Restkaufgeld von 17800 ℳ bis zum 8. Mai 1904 an den Kläger zu zahlen. Der Berufungsrichter erachtet dieses Versprechen nicht, wie der erste Richter, als ein Schuldanerkenntnis, wodurch die Verpflichtung zur Zahlung selbständig begründet werden sollte. Er führt aus: Das Schriftstück bezeichne sich selbst als Nachtrag zu dem notariell beglaubigten Vertrage vom 30. April 04 und es werde darin als Schuldgrund der versprochenen Leistung ausdrücklich Kaufgeld angegeben; mithin stehe das Versprechen in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Vertrage, indem die darin vorbehaltene Regelung der Begleichung des Restkaufgeldes dahin erfolgt sei, daß das Restkaufgeld bis zum 8. Mai 1904 habe gezahlt werden sollen. Daraus folgert der Berufungsrichter weiter, daß, wenn gemäß BGB. § 313 zur Rechtsgültigkeit des Vertrages vom 30. April 04 die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich gewesen wäre, dieses auch für den Nachtrag zu dem Vertrage gelten mußte.

Diese Ausführungen sind zutreffend. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Formvorschrift des BGB. § 313 nicht auf den einzelnen auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichteten Bestandteil des Vertrages zu beschränken, sondern auf alle Vereinbarungen zu erstrecken, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll (RGZ. 51, 179; 52, 1; 64, 39; Urteile vom 21. Sept. 07, V 641/06; vom 6. Nov. 07, V 79/07 u. a. m.). Würde daher der Kläger in dem nur notariell beglaubigten Vertrage vom 30. April 04 sich zur Übertragung des Eigentums an seinem Grundstücke verpflichtet haben, so würde gemäß BGB. § 125 nicht nur dieser Vertrag, sondern auch die Vereinbarung in der privatschriftlichen Urkunde vom 30. April 04 wegen Formmangels nichtig gewesen sein. Denn nach dem Vertrage war als ‚Kaufpreis' für das Grundstück ein Betrag von 27000 ℳ bestimmt, der zu dem Betrage von 9200 ℳ durch Übernahme einer Hypothek und durch Barzahlung belegt wurde, während die Entrichtung des Restes von 17800 ℳ später geregelt werden sollte, und die letztere Regelung ist in der genannten privatschriftlichen Urkunde dahin erfolgt, daß die 17800 ℳ bis zum 8. Mai 1904 bar gezahlt werden sollten; der Inhalt der beiden an demselben Tage vollzogenen Urkunden stellte sich daher als ein einheitlicher Vertrag dar, dessen Bestandteil insbesondere auch die Bestimmung über Zeit und Art der Entrichtung des Kaufpreisrestes war. Der Berufungsrichter führt aber weiter aus, der Kläger habe sich in dem Vertrage nicht verpflichtet, sein Grundstück an die vom Beklagten zu beschaffenden Käufer oder an den Beklagten selbst aufzulassen, vielmehr sei der Vertrag als ein Vollmachtsvertrag oder als ein Werkvertrag aufzufassen, weil der Beklagte nur zum Abschlusse von Kaufverträgen im Namen des Klägers und zur Auflassung des verkauften Grundstücks ermächtigt worden sei, gegen die Übernahme der Verpflichtung, einen bestimmten Kaufpreis zu beschaffen; der Vertrag bedürfe daher der Form des BGB. § 313 nicht. Dies greift die Revision an, weil sich aus dem Inhalte des Vertrages klar ergebe, daß der Kläger die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an seinem Grundstücke übernommen habe.

Jedoch kann die Revision keinen Erfolg haben.

Würde der Vertrag, wie der Berufungsrichter annimmt, nur die widerrufliche Erteilung einer Vollmacht zur Veräußerung des Grundstücks des Klägers oder den Auftrag zur Beschaffung eines Käufers zum Gegenstande haben, so würde es zur Rechtsverbindlichkeit der Parteiabreden der Form des BGB. § 313 nicht bedurft haben (vgl. BGB. § 167 Abs. 2; RGZ. 54, 79;

62, 336). Wäre dagegen, wie die Revision meint, vom Kläger die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung eingegangen worden, sei es, daß der Vertrag als ein wirklicher Kaufvertrag zwischen den Parteien aufzufassen und dem Beklagten als Käufer die Vollmacht nur zu dem Zwecke erteilt wäre, ihm die beabsichtigte Weiterveräußerung möglichst zu erleichtern, sei es auch, daß nur eine Vollmacht zur Veräußerung des Grundstücks dem Beklagten vom Kläger unwiderruflich erteilt worden wäre, so würden allerdings die Parteivereinbarungen wegen Mangels der Form des BGB. § 313 an sich unverbindlich gewesen sein (RGZ. 50 S. 165 ff., 169; Urteile vom 18. Mai 04, I 66/04, vom 9. Nov. 06, III 79/06; vom 28. Sept. 07, V 642/06). Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob dem Vertrage die eine oder die andere rechtliche Bedeutung zu geben ist. Auch in dem letztgedachten Falle würden die Vertragsabreden zufolge Heilung des Formmangels nachträglich für die Parteien rechtsverbindlich geworden sein. Gemäß BGB. § 313 Satz 2 wird ein Vertrag, der zur Wirksamkeit der nach BGB. § 313 Satz 1 erforderlichen Form ermangelte, seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Aus den Worten ‚seinem ganzen Inhalte nach' ergibt sich, daß alle Vereinbarungen, die der Auflassung zeitlich vorausgehen und die Übernahme der Verpflichtung zur Grundstücksübertragung einerseits und zur Entrichtung der Gegenleistung andererseits zum Gegenstande haben, durch die Auflassung seitens des Eigentümers an den Erwerber und die nachfolgende Eintragung gültig werden. Demnach umfaßt die heilende Wirkung der Auflassung nicht nur die Vertragsabreden, die zwischen dem auflassenden Eigentümer und dem Auflassungsempfänger unmittelbar getroffen worden sind, sondern auch etwaige aufeinanderfolgende Verträge mit Zwischenpersonen, soweit sie auf die Begründung der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem betreffenden Grundstücke gerichtet sind. So hat der erkennende Senat in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts über die heilende Wirkung der Auflassung nach Maßgabe des für BGB. § 313 vorbildlich gewesenen PrEigErwG. vom 5. Mai 72 § 10 (RGZ. 31, 230; GruchotsBeitr. 40, 391; 47, 1017) ausgesprochen, daß, wenn ein Grundstück nacheinander mehrmals veräußert und mit Einwilligung aller Beteiligten zur Erfüllung sämtlicher Veräußerungsgeschäfte von dem ersten Veräußerer an den letzten Erwerber aufgelassen wird, die Formmängel aller der Auflassung vorausgegangenen Veräußerungsverträge geheilt werden (Urt. vom 13. Febr. 04, V 345/03; vgl. JW. 04, 169 Nr. 10). Vorliegend hat der Beklagte das Grundstück des Klägers in drei Teilen veräußert und diese Teile auf Grund der ihm vom Kläger erteilten Vollmacht an die Käufer aufgelassen. Die Eintragung des Eigentums der Käufer ist, wie anzunehmen ist, auch erfolgt, da auf die Grundstücksteile Restkaufgeldhypotheken für den Beklagten eingetragen worden sind. Demnach würde, auch wenn sich der Kläger dem Beklagten gegenüber zur Übertragung des Grundstücks verpflichtet haben sollte, der Vertrag zwischen den Parteien durch die Auflassung seitens des Beklagten und die Eigentumseintragung der Käufer doch rechtsverbindlich geworden sein, denn die aus diesem Vertrage sich ergebende Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstücke würde ebenso wie der zwischen dem Beklagten und den Käufern abgeschlossene Grundstücksveräußerungsvertrag der Auflassung zugrunde liegen und die vom Beklagten auf Grund der Vollmacht erteilte Auflassung hätte dieselbe Wirkung, wie wenn sie vom Kläger selbst erteilt worden wäre.

Hieraus ergab sich die Zurückweisung der Revision . . ."

449. Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung beim Verzicht auf einen Teil des Kaufpreises für ein Grundstück (BGB. §§ 313, 397, 465). Urt. vom 6. Mai 08, V 426/07.

„. . . Die beiden von der Revision gegen das Berufungsurteil erhobenen Angriffe sind hinfällig. Mit seiner Annahme, daß die mündliche Vereinbarung

über Herabsetzung des im notariellen Vertrage vom 10. Dez. 01 bestimmten Kaufpreises um 1420 ℳ wegen Formmangels nichtig sei, befindet sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit einer ständigen, von der Wissenschaft gebilligten Rechtsprechung namentlich auch des Reichsgerichts (s. RGZ. 51, 43; SeuffA. 58 Nr. 2; ferner RGZ. 65, 392 Nr. 91; Urt. vom 11. März 08, V 323/07; OLG. 6 S. 40/41; 8, 25; Planck, 3. Aufl., Anm. 10 und Staudinger, 2. Aufl., Anm. 31 zu BGB. § 313; Dernburg, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., Bd. 2 § 80 unter IV Anm. 14). Daß die Bestimmung des Kaufpreises zu den wesentlichsten Bestandteilen des auch hier noch nicht durch Auflassung und Eintragung vollzogenen obligatorischen Veräußerungsvertrages gehört, bedarf keiner Begründung. Und jene Vereinbarung hört auch nicht deshalb auf, eine Abänderung eines dem Formzwange des BGB. § 313 unterliegenden Vertrages und deshalb demselben Formzwange unterworfen zu sein, weil sie einen Verzicht auf einen Teil des Kaufpreises enthält und sich so zugleich als Erlaßvertrag i. S. des BGB. § 397 darstellt, der an und für sich keiner besonderen Form bedarf. Die Vereinbarung könnte auch als eine die begehrte Kaufpreisminderung nach BGB. § 465 vollziehende Einigung in Betracht gezogen werden. Diese Einigung bedarf einer besonderen Form auch dann nicht, wenn sie sich auf einen Grundstücksveräußerungsvertrag i. S. des § 313 bezieht; aber sie hat keine selbständige Bedeutung, sondern setzt voraus, daß das Preisminderungsverlangen gerechtfertigt ist.

Daß die Beklagten dem Gewährleistungsanspruche des Klägers gar nicht die Einrede der Verjährung aus BGB. § 477 entgegengesetzt haben, kann der Revision schon im Hinblick auf den im Berufungsurteil in Bezug genommenen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nicht zugegeben werden. Übrigens schließt ZPO. § 314 nicht aus, den Tatbestand in einzelnen Punkten in den Entscheidungsgründen zu ergänzen (vgl. RGZ. 2 Nr. 110; GruchotsBeitr. 26, 128; JW. 01, 158 unter 5), und in den Gründen des Berufungsurteils heißt es ausdrücklich, daß die Beklagten dem gerügten Mangel den Einwand der Verjährung entgegengehalten haben. Hätte der Berufungsrichter aber auch, was gewiß unrichtig wäre, die Verjährung des Gewährleistungsanspruches von Amts wegen berücksichtigt, so würde diese Rechtsnormverletzung zur Aufhebung seiner Entscheidung um deswillen nicht führen können, weil diese nicht darauf beruht. Denn er hat die Verjährung nur als zweiten, eventuellen Grund mit herangezogen, während er in erster Reihe rechtsbedenkenfrei die behauptete Zusicherung einer bestimmten Größe verneint. Da das angefochtene Urteil auch eine sonstige und nach ZPO. § 559 Satz 2 ohne Rüge zu berücksichtigende Gesetzverletzung nicht erkennen läßt, war die Revision zurückzuweisen ..."

450. Unrichtige Angabe des Kaufpreises in einem notariell beurkundeten Grundstückskaufe (BGB. § 313). Urt. vom 22. April 08, V 328/07.

„... Auf Grund dieser Feststellungen sodann erklärt der Berufungsrichter den von den Parteien geschlossenen Vertrag für nichtig, weil das notariell Beurkundete hinsichtlich der vom Beklagten zu leistenden Zuzahlung nicht dem wahren Willen der Parteien entspreche und das mündlich Vereinbarte der im BGB. § 313 vorgeschriebenen Form entbehre.

Die Revision macht hiergegen geltend, die Parteien seien über die Tauschobjekte immer einig gewesen, die Erklärung hierüber sei in gehöriger Form erfolgt, die Angabe des Wertes der Tauschobjekte und der Verpflichtung der Beklagten zur Zuzahlung, die ganz nebensächlich und überflüssig gewesen sei, habe nicht der Form des BGB. § 313 bedurft und daher sei durch einen Dissens hierüber nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herbeigeführt. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts aber unterliegt der Formvorschrift des BGB. § 313 nicht bloß der einzelne auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtete Bestandteil des Veräußerungs-

vertrages, sondern erstreckt sich das Formerfordernis auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten das Veräußerungsgeschäft zusammensetzen soll, insbesondere auch auf die Vereinbarung über die Gegenleistung des anderen Teils für die Grundstücksübereignung (RGZ. 51, 179; 52, 1; 64, 35; 65, 393; JW. 06, 548). Nach der Feststellung des Berufungsrichters betrug der Wert der Parzelle des Klägers nebst den darauf befindlichen Gebäuden 4500 ℳ, während die Hofstelle des Beklagten nur etwa 2250 ℳ wert war. Deshalb sollte nach der Vereinbarung der Parteien der Beklagte für die Übereignung der Parzelle des Klägers außer seiner Parzelle noch eine bare Zahlung leisten. Diese Zahlung bildete also einen wesentlichen Bestandteil des in Rede stehenden Veräußerungsvertrags, und daher bedurfte auch die Festsetzung der Höhe der Zahlung der Form des BGB. § 313. Dieses Formerfordernis ist nicht erfüllt. Allerdings enthält der notarielle Vertrag die Bestimmung, daß der Beklagte außer seiner Parzelle eine Zahlung von 900 ℳ an den Kläger zu leisten habe, aber diese Bestimmung steht im Widerspruch mit dem in Wahrheit Vereinbarten, wonach der Beklagte 1800 ℳ zahlen sollte. Danach hat der Berufungsrichter mit Recht angenommen, daß der ganze Vertrag nichtig ist; denn das formgerecht Beurkundete entspricht hinsichtlich eines wesentlichen Bestandteiles des Vertrags nicht dem wahren Willen der Beteiligten, und das wirklich Vereinbarte ist nicht formgerecht beurkundet (RGZ. 39, 270; 65, 393; JW. 06, 548) ..."

451. Erfüllungsbereitschaft des Empfängers der Vorleistung (BGB. § 320). Urt. vom 2. Mai 08, V 380/07.

„Mit Recht werden diese Ausführungen von der Revision als widerspruchsvoll und unhaltbar angefochten. Es ist zunächst schon nicht richtig, daß eine Vorleistung bedingungslos, insbesondere auch dann beansprucht werden kann, wenn der Fordernde selbst in der Folge nicht erfüllen kann oder will. Die Erfüllungsbereitschaft gehört zum Wesen aller gegenseitigen Verträge (vgl. ROHG. 7, 284) und es wäre daher Sache der Klägerin gewesen, als der Beklagte im Auflassungstermin ihr die verlangte Vorleistung, nämlich die vorgängige Löschung der Hypotheken tatsächlich anbot, ihrerseits zur alsbaldigen Nachleistung sich bereit zu erklären ..."

452. Ausübung des vorbehaltenen Rechts des Rücktritts vom Vergleiche durch Erhebung der Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse (BGB. § 346). Urt. vom 25. April 08, I 615/07.

„... Der aus dem Wechsel verklagte Akzeptant wendet ein, durch besondere Abrede bei Erteilung des Akzepts sei die Geltendmachung des Wechsels an eine Zug um Zug zu bewirkende Leistung des Klägers, nämlich an die Herausgabe des Hypothekenbriefes und der Löschungsbewilligung, geknüpft. An sich würde diese Einwendung durch Abschluß des Vergleichs vom 11. April 07 beseitigt sein. Denn darin ist ausdrücklich bestimmt, daß die erwähnten Urkunden erst nach Vornahme der unter 1—3 aufgezählten Leistungen, insbesondere erst nach Zahlung der Wechselsumme mit Zinsen und Kosten, herausgegeben werden sollten. Indessen hält sich der Beklagte aus einem doppelten Grunde an den Vergleich nicht gebunden. Er behauptet in erster Linie, die Wirkung des Vergleiches sei durch mündliche Nebenabrede von einer am 18. April 1907 ausgefallenen Bedingung abhängig gemacht. Eventuell führt er aus, durch Zustellung der Klage sei der Kläger vom Vergleich zurückgetreten. Ob die erste Behauptung angesichts der vorliegenden Schrifturkunde Erfolg haben könnte, darf dahingestellt bleiben; das Eventualvorbringen ist vom Kammergericht nicht zutreffend gewürdigt.

In dem Vergleich hatte der Kläger für seine Rechte aus dem Tausch- und Darlehnsvertrage einen neuen Klaggrund gewonnen. Zugleich hatte er sich für den Fall, wenn die Abwickelung nicht bis zum 18. April vollendet sein

würde, den Rücktritt vorbehalten. Wenn er nun, nachdem der Fall zur Wirklichkeit geworden war, nicht aus dem Vergleich, sondern aus dem Wechsel klagte, so läßt sich diese Maßnahme in ungezwungener Weise nur dahin deuten, daß er von dem Vorbehalt Gebrauch machte. Dies um so mehr, als es nicht als Absicht der Vergleichschließenden gelten kann, daß der Kläger hätte befugt sein sollen, bei dem die Einwendungen des Beklagten abschneidenden Vergleiche stehen zu bleiben und gleichzeitig die prozessualen Vorteile zu genießen, die die Einklagung eines Wechsels, zumal im Wechselprozeß, mit sich bringt.

Jeder Zweifel an dem erfolgten Rücktritt muß aber schwinden, wenn man den besonderen Inhalt des erhobenen Wechselanspruches in Erwägung zieht. Das Kammergericht hat übersehen, daß die Konzession, die der Kläger seinem Gegner in dem Vergleiche machte, nicht nur in der Stundung um eine Woche bestand, sondern zugleich in dem Verzicht auf die eigene Provision von 60 ℳ (WO. Art. 50 Nr. 3, Art. 81). Wollte der Kläger an diesem Vergleiche festhalten, so durfte er zum allermindesten diese Provision nicht mit einklagen. Indem er der ungeänderten Klage Fortgang gab, nahm er seinen Verzicht zurück. Eine solche Zurücknahme ist mit der Aufrechterhaltung des Vergleichs schlechterdings unvereinbar. Geht derjenige, der sich in einem Vergleiche den Rücktritt vorbehalten hat, von den vergleichsweisen Zugeständnissen durch die Tat wieder ab, so hat er damit den Rücktritt vom Vergleiche erklärt. An dieser Folgerung würde in dem hier angegebenen Falle auch nichts ändern, wenn der Prozeßbevollmächtigte des Klägers — was übrigens nicht behauptet ist — nur aus Versehen unterlassen haben sollte, die Provision in der Klagschrift zu streichen. Es kommt nicht darauf an, was der Kläger oder sein Vertreter sich bei der Zustellung der Klagschrift innerlich gedacht haben. Wie bei jeder Willenserklärung ist allein entscheidend, wie das nach außen in die Erscheinung tretende Verhalten nach Treu und Glauben beurteilt werden muß.

Hiernach durfte sich das Kammergericht eines Eingehens auf die Einwendung des Beklagten, betreffend die Abrede bei Erteilung des Akzepts nicht entziehen . . ."

453. Einredeweise Geltendmachung der materiellrechtlichen Wirkung der Abtretung (BGB. § 398; ZPO. § 265). Urt. vom 25. April 08, V 324/07.

„. . . Der erste Angriff fußt auf der von dem Kläger zugestandenen Tatsache, daß dieser im Laufe des Rechtsstreits — Anfang 1907 — die eingeklagte Forderung an D. abgetreten hat. Der Berufungsrichter verwirft den hieraus entnommenen Rechtsbehelf, indem er gemäß ZPO. § 265 die im Laufe des Rechtsstreits erfolgte Abtretung als für die Prozeßlegitimation des Klägers bedeutungslos erklärt. Hierin findet die Revision mit Recht eine Verletzung des § 265. Die Vorschrift im Abs. 2: ‚Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß', ist keine materiellrechtliche. Sie wahrt dem Zedenten seine Stellung als Partei im Prozeß, aber sie gewährt ihm nicht das Recht, auch ferner eine Leistung für sich zu fordern, die ihm materiellrechtlich nicht mehr gebührt, und es kann dem Beklagten der Einwand nicht versagt werden, daß der Kläger nicht mehr der rechte Gläubiger sei. Es muß in einem solchen Fall dem Kläger überlassen werden, gemäß der im Laufe des Rechtsstreits eingetretenen Veränderung seinen Antrag dahin zu ändern, daß die geschuldete Leistung an den Rechtsnachfolger zu geschehen habe (vgl. RGZ. 40, 341; 56, 307; JW. 07, 337). Von dieser beständigen Rechtsprechung abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Es mußte daher wegen Verletzung von ZPO. § 265 die Aufhebung des Berufungsurteils erfolgen.

In der Sache selbst auf Abweisung der Klage konnte jedoch nicht erkannt werden, weil der Berufungsrichter den Einwand nur aus dem prozeßrechtlichen Gesichtspunkte, nicht aber als materiellrechtlichen geprüft und demnach es unterlassen hat, gemäß ZPO. § 139 auf eine der veränderten Sachlage ent-

sprechende Änderung des Klagantrages hinzuwirken. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . ."

454. Zeitpunkt, von dem an die Zinsen einer abgetretenen Forderung dem neuen Gläubiger zustehen. Zulässigkeit von Einreden aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger einer abgetretenen Grundschuld gegenüber dem Erwerber (BGB. §§ 401, 1192, 1157). Urt. vom 4. April 08, V 431/07.

„Der Berufungsrichter hat zunächst den Einwand des Beklagten, daß seine Abtretungserklärungen vom 18. Januar 1905 und die unstreitig gleichlautenden Abtretungserklärungen des A. vom 22. August 1905 wegen Unbestimmtheit des Zeitpunktes, von dem ab die Zinsen auf die Zessionare übergehen sollten, unwirksam seien, mit Recht für unbegründet erklärt. Allerdings gibt es keine gesetzliche Bestimmung, wonach mit der Hauptforderung etwa sämtliche rückständige und laufende Zinsen als übertragen zu gelten hätten, wenn die Abtretungserklärung nichts anderes hierüber enthält. BGB. § 401, wonach die dort bezeichneten Nebenrechte mit der abgetretenen Forderung ohne weiteres auf den neuen Gläubiger übergehen, findet auf Zinsen keine Anwendung (Planck Anm. 1 zu § 401 BGB.; KGJ. 29 A 185). Vielmehr kann im Falle der Abtretung das Zinsrecht sehr wohl von dem Kapital getrennt, insbesondere von dem bisherigen Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend für sich vorbehalten werden (Turnau-Foerster Anm. 3 zu § 61 GBO. Bd. II). Jedoch ist eine Abtretungserklärung nicht schon deshalb hinsichtlich ihres Gegenstandes unbestimmt, weil nicht ausdrücklich angegeben ist, ob und seit wann die Zinsen auf den neuen Gläubiger übergehen sollen. Es ist vielmehr durch Auslegung des in dem Abtretungsakte Erklärten festzustellen, ob und inwieweit die Zinsen als mitübertragen zu erachten sind (Planck a. a. O.). Vorliegend hat nun der Berufungsrichter die genannten Abtretungserklärungen mit Rücksicht darauf, daß in ihrem Eingange die fraglichen beiden Grundschulden als zu 4% verzinslich aufgeführt sind und sodann erklärt ist: „Ich trete diese Grundschuld . . . ab", dahin ausgelegt, daß die Zinsen vom Tage der ersten Abtretungserklärungen, d. i. vom 18. Januar 1905 ab sowohl vom Beklagten auf A. als auch von diesem auf den Kläger mitübertragen worden seien. Eine Gesetzesverletzung kann darin nicht gefunden werden.

Andererseits hat der Berufungsrichter mit Recht den Einwand des Beklagten für erheblich erklärt, wonach A. dem Beklagten die gegen ihn zustehenden Einreden durch die Abtretung der Grundschulden an den Kläger abzuschneiden beabsichtigt haben und dem Kläger beim Erwerbe der Grundschulden die Absicht des A. bekannt gewesen sein soll. Wenn diese Behauptung richtig wäre, würde der Kläger dadurch, daß er trotz seiner Kenntnis von der Absicht des A., die Grundschulden, die er wegen entgegenstehender Einreden selbst nicht geltend machen konnte, durch Abtretung an einen anderen und kraft dessen formalen Rechtes zur Geltung zu bringen, sich die Grundschulden abtreten ließ, gegen die guten Sitten verstoßen und er würde, da A. unstreitig vermögenslos, von ihm also Ersatz nicht zu erlangen war, in dem Bewußtsein des für den Beklagten schädlichen Erfolges gehandelt, mithin dem Beklagten vorsätzlich Schaden zugefügt haben (RGZ. 58, 216; 62, 139). Der danach dem Kläger gemäß BGB. § 826 obliegende Schadensersatz an den Beklagten würde nach BGB. § 249 vor allem darin bestehen, daß er die ihm von A. abgetretenen Grundschulden gegen den Beklagten nicht geltend macht (RGZ. 58, 356; Mot. zu § 1084 Entw. I 3, 701). Der Berufungsrichter hat nun festgestellt, daß A. im Bewußtsein dessen, daß er selbst mit einer Klage gegen den Beklagten nicht durchdringen würde, die Grundschulden an den Kläger abgetreten habe, um die Einreden des Beklagten abzuschneiden und hat über die Kenntnis dieser Absicht des A. dem Kläger den vom Beklagten ihm zugeschobenen Eid auferlegt. Auch dies ist nicht zu beanstanden.

Was sodann den weiteren Einwand des Beklagten anlangt, ihm habe gegen A. ein Anspruch auf Rückübertragung der Grundschulden zugestanden und dies sei dem Kläger beim Erwerbe der Grundschulden bekannt gewesen, so hat der Berufungsrichter auf Grund der erhobenen Beweise im wesentlichen in Übereinstimmung mit den Behauptungen des Beklagten folgendes festgestellt: A. sei dem Inhalte des von ihm mit dem Beklagten abgeschlossenen Mäklervertrages zuwider auch für den Landwirt J. als den anderen, an dem vermittelten Tauschvertrage beteiligten Kontrahenten tätig gewesen und habe sich von diesem ebenfalls einen Mäklerlohn von 5000 ℳ zusichern lassen, auch habe A. den Beklagten durch die Vorspiegelung, er werde diesem auf Grundschulden, mit denen der Erbpachthof belastet werde, 22000 ℳ zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger bei Gelegenheit des Tausches verschaffen, arglistigerweise zum Abschlusse des sonst nicht zustande gekommenen Tauschvertrages verleitet. Aus diesen bedenkenfrei festgestellten Tatsachen hat der Berufungsrichter zutreffend die Folgerung gezogen, daß der Beklagte die in Rede stehenden Grundschulden von zusammen 4500 ℳ von A. hätte zurückfordern können. Denn sollte A. nach dem Inhalte des mit dem Beklagten geschlossenen Mäklervertrages bei der Vermittelung des Tauschvertrages nur für den Beklagten tätig sein, so stand ihm gemäß BGB. § 654 ein Anspruch auf Mäklergebühr gegen den Beklagten nicht zu, weil er auch für den anderen Vertragsteil gegen Zusage ebenfalls einer Mäklergebühr tätig geworden ist. Desgleichen konnte A., wenn er den Beklagten nur durch falsche Vorspiegelungen über die Beschaffung von barem Gelde auf Grundschulden zum Abschlusse des Tauschvertrages veranlaßt hatte, ebenfalls die Mäklergebühr nicht fordern, weil er den Tauschvertrag durch arglistige Täuschung des Beklagten zustande gebracht hatte. Die fraglichen beiden Grundschulden aber sind dem A. vom Beklagten zur Deckung des Anspruchs auf die Mäklergebühr und unter der Voraussetzung, daß der Anspruch bestand, hingegeben worden. Da sich herausgestellt hat, daß diese Voraussetzung nicht gegeben war, konnte vom Beklagten wegen grundloser Bereicherung des A. gemäß BGB. § 812 der Anspruch auf Herausgabe, also auf Rückübertragung der Grundschulden, gegen A. erhoben werden. Ferner hätte der Beklagte, wenn er von A. auf Zahlung der Grundschuldbeträge aus dem Grundstücke verklagt worden wäre, die Klage durch die Einrede abwehren können, daß der Kläger ihm gegenüber zur Übertragung der Grundschulden verpflichtet sei (Eccius in GruchotsBeitr. 51, 162; Planck Anm. 5 zu § 1192 BGB.; Predari, GBO. S. 219). Letzteres nimmt auch der Berufungsrichter an. Er meint aber dem Beklagten diese Einrede gegenüber dem durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen und Besitz der Grundschuldbriefe gemäß BGB. §§ 1155, 891 als Gläubiger legitimierten jetzigen Kläger versagen zu müssen, auch wenn dieser von dem Anspruche des Beklagten gegen A., seinem Rechtsvorgänger, auf Rückübertragung der Grundschulden wegen Nichtbestehens der durch sie gesicherten Forderung beim Erwerbe der Grundschulden Kenntnis gehabt haben sollte: Denn bei der Kollision zwischen einem dinglichen und einem persönlichen Rechte sei das erstere derart das stärkere, daß der Erwerber eines Rechtes an einem Grundstücke selbst dann als Sieger hervorgehe, wenn er das auf Grund persönlicher Beziehungen zum Eigentümer entgegenstehende obligatorische Recht gekannt habe; dieses Prinzip sei zwar durch den gemäß BGB. § 1192 auf Grundschulden entsprechend anzuwendenden BGB. § 1157 bei Abtretung von dinglichen Rechten durchbrochen, jedoch beziehe sich die letztere Vorschrift nur auf Einreden gegen die Grundschuld als solche, nicht auch auf Einreden, die das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem früheren Grundschuldgläubiger beträfen. Die Revision erhebt gegen diese Ausführung mit Recht die Rüge, daß der Berufungsrichter die Bedeutung der Vorschrift des BGB. § 1157 verkenne. Nach dem Standpunkte des 1. Entwurfs (§ 1084, Mot. dazu 3, 701) sollte allerdings der Grundstückseigentümer die Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger einer

Hypothek bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse gegenüber dem Sondernachfolger des Gläubigers nicht geltend machen können, auch wenn die Einwendungen sich auf Tatsachen gründeten, die dem Sondernachfolger zur Zeit des Erwerbes der Hypothek bekannt waren. In der 2. Kommission aber gelangte der entgegengesetzte Grundsatz zur Geltung, daß der an sich durch Ausschluß von Einwendungen gegen den Sondernachfolger zu fördernde Hypothekenverkehr den Anspruch auf Schutz dann verlieren müsse, wenn der Sondernachfolger zur Zeit des Erwerbes der Hypothek gewußt habe, daß seinem Veräußerer gegenüber Einwendungen begründet gewesen seien (Prot. 3, 584). Darauf beruht die in das Gesetz eingefügte Vorschrift des § 1157, wonach eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden kann, wenn ihm der gute Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite steht, er insbesondere von den die Einrede begründenden Tatsachen beim Erwerbe der Hypothek Kenntnis gehabt hat. Die Vorschrift findet gemäß BGB. § 1192 auch auf die Grundschuld Anwendung und ist für diese gerade von besonderer Bedeutung, weil sie von einer Forderung nicht abhängig ist und die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach BGB. § 1137 zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen (Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 221). Zu den Einreden aber, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger einer Grundschuld bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Geltendmachung der Grundschuld vor der Übertragung an den Sondernachfolger zustanden, gehört auch die Einrede, daß wegen Nichtbestehens der Forderung, zu deren Deckung die Grundschuld vom Eigentümer hingegeben wurde, der Empfänger zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet sei. Denn die Einrede gründet sich auf das die Deckung der Forderung durch die Grundschuld betreffende Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Empfänger der Grundschuld, und sie würde, falls sie in tatsächlicher Hinsicht begründet wäre, die Klage des Empfängers aus der Grundschuld ausschließen. Hat daher der Sondernachfolger von den eine solche Einrede begründenden Tatsachen, insbesondere von dem Nichtbestehen der Forderung beim Erwerbe der Grundschuld Kenntnis gehabt, so kann auch seiner Klage aus der Grundschuld die Einrede mit Erfolg entgegengesetzt werden (Planck, Anm. 5 zu § 1192 BGB.; Fuchs, Grundbuchrecht, Anm. 15 zu § 1192 BGB.; Predari, GBO. S. 220, 300). Hieraus folgt für den gegebenen Fall, daß der Berufungsrichter, nachdem er festgestellt hatte, daß die Mäklergebührforderung, zu deren Deckung die fraglichen Grundschulden vom beklagten Eigentümer dem ursprünglichen Grundschuldgläubiger A. hingegeben worden sind, nicht zu Recht besteht, die weitere Behauptung des Beklagten, daß der klagende Sondernachfolger des A. von dem Sachverhältnisse beim Erwerbe der Grundschulden Kenntnis gehabt habe, nicht für unerheblich erachten durfte.

Hiernach war der Revision stattzugeben und unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, insbesondere über den zuletzt gedachten Einwand des Beklagten, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

455. Keine Gewährleistung für Mängel des Grundstücks bei Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot (BGB. §§ 459 ff.). Urt. vom 1. April 08, V 419/07.

„Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß man eine fremde Sache verkaufen und sich dadurch verpflichten kann, dem Käufer das Eigentum daran zu verschaffen. Es findet darin, daß der Kläger zur Zeit des Vertragsschlusses am 11. April 04 nicht Eigentümer des Grundstücks war und daß die Beklagten dies wußten, nur einen Umstand, der nach seiner Kenntnis der ‚An-

schauung des täglichen Lebens', die Auffassung rechtfertigt, daß nach dem Willen der Vertragschließenden Gegenstand des Kaufs nicht das Grundstück, sondern das dem Kläger damals schon zustehende Recht aus dem Meistgebot sein sollte. Die Verletzung einer Rechtsnorm, insbesondere des BGB. § 157, ist hierin nicht zu erkennen. Daß der Kläger früher Eigentümer des Grundstücks gewesen war, daß er eine Hypothek darauf hatte, die er in der von anderer Seite betriebenen Zwangsversteigerung nicht verlieren wollte, daß er sich deshalb zunächst, ,um die Subhastation zu umgehen', um das Zustandekommen eines freihändigen Verkaufs durch die Subhastatin bemüht und, als der Versteigerungstermin näher rückte, auch daran gedacht hat, das Grundstück zu erstehen und dann selbst zu verkaufen, dies alles und der darauf bezügliche, von der Revision herangezogene Inhalt der Briefe vom 8. und 13. März und 2. April 04 schließt die Auffassung des Oberlandesgerichts jedenfalls nicht aus. Vielmehr läßt es ebenso wie die Behauptung, die Form der Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot sei nur zur Kostenersparnis gewählt, die Annahme offen, daß nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsteile im entscheidenden Zeitpunkte des Vertragsschlusses der Kläger nur verpflichtet werden sollte, dem Beklagten das eben erlangte Recht aus dem Meistgebot abzutreten, nicht aber auch darüber hinaus für die Übergabe und die Erlangung des Eigentums am Grundstück einzustehen. Und wenn das Berufungsgericht jene von der Revision hervorgehobenen Umstände in diesem Zusammenhange nicht ausdrücklich gewürdigt hat, so beweist das noch nicht, daß es sie bei Bildung seiner Überzeugung unter Verletzung der ZPO. § 286 unberücksichtigt gelassen hat.

Auf das, was in den Gründen des Berufungsurteils lediglich für den Fall ausgeführt ist, daß der Vertrag der Parteien vom 11. April 04 entgegen jener vom Berufungsrichter in erster Reihe vertretenen Auffassung als Sachkauf anzusehen wäre und auf die sich hiergegen richtenden oder hieran anschließenden Angriffe der Revision war bei dieser Rechtslage nicht einzugehen. Sie rechtfertigt es auch, daß das Berufungsgericht die auf Mängel des Grundstücks gegründeten Gewährleistungsansprüche, namentlich den Anspruch auf Wandlung, als solche kurz ablehnt und nicht weiter erörtert. Denn BGB. §§ 459 ff. beziehen sich ihrem klaren Wortlaut nach nur auf Mängel ,verkaufter Sachen', also körperlicher Gegenstände (§ 90). Zu der Frage, ob sie analog anzuwenden sind, wo es sich um den Verkauf wirtschaftlicher Güter handelt, die, wie ein Handelsgewerbe mit Kundschaft, nicht körperliche Sachen, aber auch nicht Rechte sind (vgl. RG. 5. ZS., JW. 04, 403 unter 2 und 2. ZS., RGZ. 63 Nr. 14), braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Gegen ihre analoge Anwendung auf den Verkauf bloßer Rechte spricht entscheidend der Umstand, daß der § 433 den Verkauf von Rechten dem Verkauf von Sachen gegenübergestellt und daß die §§ 459 ff., wie bemerkt, immer nur von Mängeln verkaufter Sachen sprechen ..."

456. Besteht beim Gattungskauf neben dem Anspruch auf Wandlung ein Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Vertragsverletzung durch Lieferung einer mangelhaften Sache? (BGB. § 480 Abs. 2). Urt. vom 24. April 08, II 525/07.

„. . . Soweit ein Verschulden bei Erfüllung des Vertrags darin gefunden werden sollte, daß die gelieferte Lokomobile nicht die zugesicherte Eigenschaft des ruhigen Ganges hatte, so hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf das Urteil des erkennenden Senats vom 19. Dez. 02 (II 246/02, RGZ. 53, 202) ausgeführt, im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der verkauften Gattungssache sei neben der Haftung für Mängelgewähr kein Raum mehr für eine Haftung aus einer schuldhaften Verletzung des Vertrags durch Lieferung einer Sache, welcher die zugesicherte Eigenschaft fehlte. An dieser Auffassung wird festgehalten. Die Revisionsklägerin hatte sonach aus

§ 463 — richtiger § 480 Abs. 2 — nur den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Wandlung, nicht aber neben der Wandlung einen Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Vertrags durch Lieferung einer Sache, welcher die zugesicherte Eigenschaft fehlte. An dieser Rechtslage änderte sich aber dadurch nichts, daß die Revisionsklägerin in dem Abkommen vom Januar 1907 nach der ihm vom Berufungsgericht gegebenen rechtlich einwandfreien Auslegung gewandelt und damit ihren Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 463 — richtiger § 480 Abs. 2 — verloren hat ..."

457. Ist das Versprechen eines Ehegatten, einen Beitrag zu den Kosten der Kindererziehung zu leisten, an eine besondere Form gebunden? (BGB. §§ 516, 781). Urt. vom 27. April 08, IV 539/07.

„... Unter der Herrschaft des BGB. ist es den Eheleuten gestattet, beliebige Vereinbarungen, insbesondere auch über einen zu den Erziehungskosten der Kinder zu leistenden Beitrag zu treffen, ohne daß hierfür eine besondere Form gefordert wird. Dem Berufungsgericht kann auch nicht darin beigetreten werden, daß ein nach dem 1. Januar 1900 von der Klägerin abgegebenes Schuldanerkenntnis nach BGB. § 781 der schriftlichen Form bedurft habe. Um ein abstraktes Schuldanerkenntnis handelt es sich hierbei nicht. Das Anerkenntnis bezieht sich vielmehr auf die früher von der Klägerin eingegangene Verpflichtung, die für eine bessere Erziehung der Kinder benötigten Mittel aus eigenem Vermögen herzugeben. Diese ihren Schuldgrund in sich schließende konkrete Verpflichtung wurde von dem Anerkenntnis umfaßt, nicht aber sollte unabhängig von dem Schuldgrund eine Verpflichtung übernommen werden. Dem Schuldanerkenntnis liegt auch nicht etwa ein der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftiges Schenkungsversprechen zugrunde. Der Wille der Vertragschließenden war nicht darauf gerichtet, dem Beklagten eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, sondern es sollte den Kindern eine bessere Erziehung verschafft werden ..."

458. 1. Verlust des Minderungsanspruchs durch vorbehaltlose Zahlung des vollen Mietzinses. 2. Ist ein bedingtes Endurteil ein Endurteil i. S. von KO. § 146 Abs. 6? (BGB. § 537; KO. § 146 Abs. 6). Urt. vom 24. März 08, III 250/07.

„... Die Aufnahme des Verfahrens gemäß ZPO. § 240 durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung anstatt durch die nach ZPO. § 250 vorgeschriebene Zustellung eines Schriftsatzes ist formell statthaft (RGZ. 51 Nr. 21; 52 Nr. 90); es bedarf daher keiner Untersuchung, ob eine Zustellung des Schriftsatzes vom 27./28. Nov. 07 auch der ZPO. § 250 Genüge leisten würde. — Dagegen ist der Gemeinschuldner zu der Aufnahme nicht befugt: Denn hinsichtlich der Widerklage hat der Konkursverwalter den Rechtsstreit aufgenommen (KO. § 10) und hinsichtlich der Klage findet nach KO. § 144 Abs. 2 eine Aufnahme des Verfahrens überhaupt nur gegen den Gemeinschuldner, und zwar nur dann statt, wenn er die Forderung im Prüfungstermin bestritten hätte (ein solches Bestreiten ist nach dem vorgelegten Auszug aus der Konkurstabelle nur von seiten des Konkursverwalters erfolgt). Es ist daher die Aufnahme des Verfahrens durch den Gemeinschuldner vermöge Zwischenurteils kostenfällig für unzulässig zu erklären. — Die Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter ist zunächst hinsichtlich der Widerklage nach KO. § 10 zulässig. Zur Klage liegen insofern ausweislich des Auszugs aus der Konkurstabelle die Voraussetzungen des 2. Buchs 4. Titels KO. vor. Der Konkursverwalter ist danach insbesondere auch zur Aufnahme des Verfahrens aus KO. § 146 Abs. 2 befugt. Eine Ausnahme bildet jedoch die Ziff. 3 des Berufungsurteils, indem ein bedingtes Endurteil nicht als ein Endurteil im Sinne dieser Gesetzesbestimmung gilt (RGZ. 16 Nr. 88; 25 Nr. 4; 51 Nr. 21) und eine Rechtsstreitigkeit,

die auf abgesonderte Befriedigung gerichtet ist, i. S. von KO. dermalen nicht in Frage kommt. Doch erscheint die Aufnahme des Verfahrens durch die Kläger und Widerbeklagten als Gläubiger gemäß KO. § 146 Abs. 3 zulässig, daher materiell der ganze Rechtsstreit als aufgenommen zu beurteilen ist . . .

Was die bei Beginn des Mietvertrags nach Ablauf des Untermietvertrags am 1. April 1903 vorhandenen Schwammbildungen betrifft, so ist hinsichtlich des BGB. § 538 Abs. 1 nicht ersichtlich, daß dieser Mangel schon bei dem Abschlusse des Mietvertrags (d. h. spätestens im Frühjahr 1902) vorhanden war oder daß ein solcher später infolge eines Umstandes, den die Vermieter zu vertreten haben, entstanden ist. Es kann sich also nur darum handeln, ob die Vermieter mit Beseitigung dieses Mangels in Verzug gekommen sind. Dies ist aber von dem Berufungsgericht aus tatsächlichen Gründen verneint worden.

Hinsichtlich des BGB. § 537 ist allerdings der Mieter, wenn die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung an ihn mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch mindert, für die Zeit dieser Minderung nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet, ohne daß es auf eine Fahrlässigkeit des Vermieters ankommt. Allein dies hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt, sondern hat vielmehr (wenn man die Ausführungen vor Ziff. 2 auf S. 22 der Ausfertigung des Berufungsurteils nicht auch auf den Schwamm vom 1. April 1903 beziehen will) angenommen, daß hinsichtlich des am 1. April 1903 vorhandenen Schwammes ein Minderungsanspruch nicht, sondern mit Rücksicht auf dessen lange dauernde Beseitigung lediglich ein Schadensersatzanspruch erhoben sei. Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß das Berufungsgericht gerade bei diesem am 1. April 1903 vorhandenen Fehler des Hausschwammes einen Minderungsanspruch nicht besprochen hat, während es dies bei den übrigen Mängeln getan hat. Es kann dies auch nicht von vornherein trotz des Briefes des beklagtischen Vertreters vom 31. März 1903 als tatbestandswidrig, sondern geradesogut als eine tatsächliche Auffassung des beklagtischen Vorbringens erachtet werden. Aber auch vom Standpunkte der Revision aus würde ein solcher Minderungsanspruch nicht zu halten sein. Dieser Anspruch hätte sich, da der Schwamm Anfang Oktober 1903 beseitigt war, auf das zweite und dritte Vierteljahr 1903 zu erstrecken. Für diese Zeit ist aber der Mietzins voll bezahlt, ohne daß der Beklagte bei einer dieser Zahlungen wegen jenes Schwammes einen Abzug oder auch nur einen Vorbehalt gemacht hätte; denn der Beklagte sagt selbst, daß er letzteren nur wegen des Umbauversprechens ausgedrückt hätte . . ."

459. Schutz des zur Dienstleistung Verpflichteten gegen Gefahr für Leben und Gesundheit (BGB. §§ 618, 844). Urt. vom 5. Mai 08, III 493/07.

„Das Berufungsgericht stellt zunächst (unter nicht zu beanstandender Ablehnung einer Haftung aus unerlaubter Handlung: BGB. § 823) einen Dienstvertrag zwischen dem Ehemann und Vater der Kläger einerseits und der Beklagten andererseits fest, meint aber dann: BGB. § 844 beziehe sich lediglich auf außervertragliche Schadensersatzansprüche und könne als singuläre Vorschrift also nicht analog auf Vertragsschäden angewandt werden. Dieser Ausspruch über die Nichtanwendung des BGB. § 844 auf den Dienstvertrag verletzt BGB. § 618 Abs. 3, der lautet: ‚Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlung geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 entsprechende Anwendung.' — Es kann sich daher nur fragen, ob ein Dienstvertrag und (die Wahrheit der Klagbehauptungen vorausgesetzt) eine Verletzung der in BGB. § 618 genannten Pflichten ohne Rechtsverstoß angenommen werden kann. Diese Frage ist aber ungeachtet der Bedenken der Revisionsbeklagten zu bejahen. Der Umstand, daß nach § 25 des preußischen Gesetzes

vom 12. März 81, betr. die Ausführung des Reichsgesetzes über die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen die Gemeinden und Gutsbezirke auf ihre Kosten die Hilfsmannschaften zu stellen haben (vgl. auch § 4 Satz 2 in Anlage B der auf Grund des § 30 des Reichsgesetzes vom 23. Juni 80 durch den Bundesrat erlassenen Instruktion vom 24. Febr. 81 in Zentralblatt für das Deutsche Reich von 1881 S. 36, die noch auf den vorliegenden Fall Anwendung findet), steht der Annahme eines Dienstvertrags nicht entgegen und bestätigt einen solchen vielmehr, da der Verstorbene nach der unwidersprochenen Klagbehauptung von einem beklagtischen Polizeibeamten zu dem zu verrichtenden Dienste (Hilfeleistung bei Obduktion eines milzbrandverdächtigen Pferdes) herbeigeholt und aus der Gemeindekasse bezahlt worden ist. Ebensowenig ist die Darlegung zu beanstanden, daß es eine Verletzung der dem Dienstberechtigten durch BGB. § 618 auferlegten Pflichten enthält, wenn die Beklagte den Ehemann und Vater der Kläger vor oder bei Abschluß des Vertrags nicht auf die Gefährlichkeit der übernommenen Verrichtungen aufmerksam gemacht haben sollte. Dazu kommt noch, daß nach den klägerischen Behauptungen die beklagtischen Beamten nicht die genügenden Vorsichtsmaßregeln getroffen haben sollen bzw. die Desinfektion bei der Obduktion unzureichend gewesen sein soll. In letzterer Beziehung ist mit dem Berufungsgericht allerdings hervorzuheben, daß für etwaige Verfehlungen des Kreistierarztes als eines Organs der öffentlichen Gewalt im vorliegenden Falle Beklagte nach den für das Allgemeine Landrecht geltenden Rechtsgrundsätzen (EGBGB. Art. 77; RGZ. 28 Nr. 74) keinesfalls haften würde. — Es ist daher das Berufungsurteil aufzuheben . . ."

460. Abnahme von Teilen eines Baues durch die Benutzung beim Weiterbauen (BGB. § 641). Urt. vom 15. April 08, I 305/07.

„. . . Rechtsirrtümlich aber sind, wie der Revision zugegeben werden muß, die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß auch keine Teilabnahme stattgefunden habe. Die Revision macht in Übereinstimmung mit dem klägerischen Instanzvorbringen geltend, es sei eine stillschweigende Abnahme der einzelnen Teilarbeiten dadurch erfolgt, daß die Besteller daran die von den anderen Unternehmern zu besorgenden Arbeiten hätten vornehmen lassen, namentlich durch Ausfüllung mit dem Mauerwerk und durch Anstrich der von der Klägerin hergestellten Holzkonstruktion. Das Berufungsgericht hat diese Auffassung mit der Begründung abgelehnt, daß in dem Verhalten der Eheleute R. lediglich ihre vertragsmäßige Mitwirkung zur Fertigstellung des Baues liege. Nun mag man an sich zugeben, daß die nicht von der Klägerin übernommenen, sondern an andere Unternehmer vergebenen Arbeiten unter dem Gesichtspunkte des BGB. § 642 als Handlungen des Bestellers betrachtet werden können, welche bei der Herstellung des der Klägerin obliegenden Werkes erforderlich waren. Dadurch aber, daß der Besteller solche Handlungen auf Grund des Vertrags, oder wenigstens im Zusammenhange mit diesem, vornimmt, wird nicht ausgeschlossen, daß sie, sofern sie ihrem Inhalte nach dazu geeignet sind, auch für die Frage nach der Abnahme des Werkes Bedeutung haben können. Inhaltlich aber muß in der Benutzung der von der Klägerin hergestellten und in den Bau eingefügten Konstruktionsteile zur Anbringung der weiteren für den Ausbau erforderlichen Arbeiten anderer Unternehmer eine Verfügung über das bisher Geleistete erblickt werden, die nach Treu und Glauben nicht anders als eine auf diesen Teil des Werkes gerichtete Abnahmeerklärung ausgelegt werden kann. Wenn die Besteller, Eheleute R., es angeordnet haben, daß der von der Klägerin ausgeführte Fachwerkbau mit Mauerwerk ausgefüllt und die Holzkonstruktion mit Anstrich versehen werde, so haben sie dadurch genehmigt, daß diese Leistungen der Klägerin zu den Zwecken des Gesamtbaues verwendet würden, und damit würde es in Widerspruch stehen, wenn sie trotzdem deren Abnahme verweigern

wollten. Daß sie damit auch schon auf die Geltendmachung der Mängel dieser Leistung verzichtet hätten, darf freilich ohne weiteres nicht angenommen werden. Aber der Verzicht auf die Mängelrüge gehört überhaupt nicht zum Begriffe der Abnahme. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts, die auch in der Literatur überwiegende Zustimmung gefunden hat, ist die Abnahme nicht Billigung des Werkes, sondern nur dessen Annahme als Erfüllung, nämlich die zur Hinnahme des Werkes hinzutretende Erklärung, daß man das Werk als der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechend annehme (Urt. VII 490/03 vom 22. April 04, RGZ. 57, 338/339; Urt. vom 9. April 07, JW. 07, 331; Urt. III 486/06 vom 7. Mai 07). Nicht erklärbar wäre das Verhalten der beklagten Besteller, wenn sie die Leistungen der Klägerin nicht wenigstens in diesem Sinne annehmen wollten. Die Abnahmeerklärung kann aber, wie unbestritten ist, nicht nur ausdrücklich abgegeben werden, sondern kann auch stillschweigend aus dem Inhalte der Handlung zu entnehmen sein. Daß weiter die Abnahme nicht auf das vollendete Werk beschränkt ist, vielmehr auch mit Bezug auf Teile des Werkes geschehen kann, zeigt BGB. § 641 Abs. 1 Satz 2, und es unterliegt keinem Bedenken, daß diese Teilabnahme, selbst wenn sie im Vertrag nicht ausbedungen ist, freiwillig erfolgen kann (vgl. Crome, System Bd. 2 S. 697 Anm. 20). Geht man daher von dem unterstellten Verhalten der Eheleute R. aus, so liegt eine stillschweigend erklärte Abnahme derjenigen Leistungen der Klägerin — oder Werkteile — vor, welche durch die angeordnete Arbeit der anderen Unternehmer für das Ganze des Saalanbaues benutzt und verwendet worden sind. Inwieweit eine solche Abnahme bestimmter Teile sich dann auch auf andere damit in natürlichem Zusammenhange stehende Werkteile erstreckt, ist im wesentlichen Tatfrage. Bei diesem Ergebnisse ist es ohne Bedeutung, ob man für die im ursprünglichen Werkvertrage bestimmten Leistungen der Klägerin einheitliche Zusammengehörigkeit annehmen oder ob man sie in einzelne Arbeiten mit verschiedenem Teilerfolge zerlegen will. Es durfte daher diese Frage, wie oben geschehen ist, dahingestellt gelassen bleiben . . ."

461. **Begriff des „Gefälligkeitswechsels". Revalierungsanspruch bei Einlösung eines aus Gefälligkeit angenommenen Wechsels trotz höherer Forderungen der andern Partei** (BGB. § 670). Urt. vom 11. April 08, I 117/07.

Der Ausdruck „Gefälligkeitswechsel" entstammt dem Verkehrsleben. Man versteht darunter einen Wechsel, der dem Wechselnehmer aus Gefälligkeit gegeben wird, d. h. gegen die von diesem übernommene Verpflichtung, für die Einlösung Sorge zu tragen. Die Rechtsprechung der höchsten Gerichte hat wiederholt ausgesprochen, die Bedeutung des Wortes sei so klar, daß der Einwand des Gefälligkeitsakzeptes einer näheren Substantiierung dahin, daß sich der Nehmer zur Einlösung verpflichtet habe, nicht bedürfe (ROHG. 14, 225; 19, 251; RGZ. 32, 128; BolzePr. 5 Nr. 497). Wenn daher unter Kaufleuten die Wendung gebraucht wird, daß ein Akzept aus Gefälligkeit gegeben werde, so kann der Sinn nicht zweifelhaft sein. Nach der Feststellung des Oberlandesgerichts ist aber dieser Ausdruck von beiden Parteien mit Beziehung auf die streitigen Wechsel gebraucht. Es wird sogar erwähnt, der Kläger habe häufiger an die Beklagte geschrieben, „er sende ein Gefälligkeitsakzept über . . . ℳ und bitte, daß die Beklagte bei Fälligkeit für Deckung gefl. Sorge tragen wolle".

Gleichwohl will das Oberlandesgericht auf derartige Wendungen kein Gewicht legen und meint, es ergebe sich daraus noch nicht, daß es sich um Gefälligkeitswechsel im Rechtssinne, um „eigentliche", „wirkliche" Gefälligkeitswechsel gehandelt habe. Das kann nach dem Bemerkten nicht gebilligt werden. Es bleibt auch unverständlich, was sich das Oberlandesgericht unter einem „uneigentlichen" oder „sogenannten" Gefälligkeitswechsel vorstellt. Die Beklagte

hatte vorgetragen, sie habe dem Kläger insofern eine Gefälligkeit erzeigt, als sie von ihm statt geschuldeter Barzahlungen Wechsel angenommen und prolongiert habe. Der Berufungsrichter hat sich diese Meinung nicht angeeignet. Sie wäre nach dem kaufmännischen Sprachgebrauche auch unhaltbar. An einer Stelle setzen die Gründe das Gefälligkeitsakzept in Gegensatz zu einem Prolongationswechsel. Dies zeigt, daß der Berufungsrichter beide Begriffe verkennt. Der Gefälligkeitswechsel kann ebensogut wie der auf Schuld gezogene prolongiert, d. h. bei Verfall durch Ausstellung eines neuen Wechsels ersetzt werden. Der Umstand, daß ein Prolongationswechsel vorliegt, ist daher an und für sich auf das Valutaverhältnis zwischen Trassat und Trassant ohne Einfluß.

Als rechtsirrig muß es weiter bezeichnet werden, wenn der Berufungsrichter aus der Tatsache, daß der Kläger zur Zeit der Ausstellung der Wechsel der Beklagten aus anderen Rechtsgründen (Darlehne, Warenlieferungen) einen höheren Betrag geschuldet habe, ableitet, daß es sich bei den Klagwechseln nicht um Gefälligkeitsakzepte gehandelt habe. Wenn, wie hier unterstellt werden muß, bei der Ausstellung und Hingabe der streitigen Wechsel oder doch der Urwechsel, zu deren Ersatz sie dienen sollten, zwischen den Parteien Erklärungen im Sinne der vorhin erwähnten ausgetauscht worden sind, so bleibt, auch wenn der Kläger aus anderen Rechtsgründen Schuldner des Beklagten war, die Tatsache bestehen, daß die Wechsel nicht zur Tilgung dieser Schulden gezogen und akzeptiert sind. Der Kläger würde immer einen rechtlich begründeten Revalierungsanspruch auf Ersatz der Zahlungen haben, die er Dritten auf Grund seiner Gefälligkeitsunterschrift geleistet hat (ROHG. 19, 251; BGB. § 670), und Sache der Beklagten würde es sein, das, was ihr der Kläger aus den anderen Rechtsgründen schuldet, hiergegen im Wege der Aufrechnung geltend zu machen und durch Angabe der erforderlichen Einzelheiten zu begründen . . ."

462. Empfehlung des Ankaufs von Kuxen durch den Agenten eines Bankiers (BGB. §§ 676, 276; HGB. § 347). Urt. vom 7. April 08, II 612/07.

„Das Berufungsgericht gibt insoweit zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß, als angenommen ist, der Kläger habe das fragliche Geschäft mit B. als Bevollmächtigten des Beklagten abgeschlossen und dieser sei für die Empfehlungen des B. verantwortlich.

Dagegen ist die Begründung des Berufungsurteils im übrigen in mehrfacher Hinsicht rechtlich zu beanstanden.

Der Kläger will zu dem Ankaufe der fraglichen Kuxe bestimmt worden sein durch die unrichtigen Angaben des B., die Verhältnisse von G. seien sehr günstig, die finanzielle Lage des Werkes sei konsolidiert, zum Ausbau desselben ständen 200 000 ℳ zur Verfügung, die zur Fertigstellung des Werkes vollkommen genügten; eine Zubuße sei vollkommen ausgeschlossen. Der Beklagte habe sich die Option auf weitere 500 Kuxe G. zum Kurse von 1200 ℳ vorbehalten und werde dieselbe in nächster Zeit ausüben; unter diesem Kurse seien G. alsdann nicht mehr zu haben. Die D. Bank interessiere sich für das Unternehmen. Was nun die angeblichen Angaben des B. und ihre Unrichtigkeit betrifft, so hat das Berufungsgericht die Zeugenaussage des B. für glaubwürdig erachtet, zufolge deren B. dem M. die Angaben über die Lage des G. auf Grund des Gutachtens von G. vom 30. März 04 und auf Grund von Mitteilungen des Prokuristen des Beklagten gemacht und erklärt hat, eine Zubuße sei für die nächste oder absehbare Zeit ausgeschlossen. Zum Ausbau der Grube stünden 200 000 ℳ zur Verfügung. In diesem Zeugnisse findet somit die Behauptung des Klägers, nach Angabe des B. sei Zubuße vollkommen ausgeschlossen, keine Stütze. Die Angabe des B., daß die Gewerkschaft G. im Jahre 1904 200 000 ℳ bar besessen habe, nimmt das Berufungs-

gericht als richtig an. Die Unrichtigkeit der ferneren Angabe des B., dem Beklagten stehe eine Option auf weitere 500 Kuxe zu 1200 ℳ zu, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt, vielmehr nimmt es selbst ihre Richtigkeit als möglich an. Dagegen betrachtet es die Angabe des B., die D. Bank in B. interessiere sich für das Unternehmen, als widerlegt und es erwägt, daß diese Angabe bei der anerkannten Bedeutung der Bank für die Erwerber der Kuxe von Wichtigkeit gewesen sei.

Für den gegenwärtigen Rechtsstreit kommt es indessen nicht darauf an, ob irgend welche anderen Erwerber der Kuxe die Angabe für wichtig gehalten haben, sondern es kommt nur darauf an, welches Gewicht M. dieser Angabe beigelegt hat. Hierfür kann es von Bedeutung sein, daß der Kläger sich nicht schon in der Klage, sondern erst im Laufe des Verfahrens auf diese Angabe des B. berufen hat. Das Berufungsgericht erblickt nun ferner in dem von B. dem M. vorgelegten Gutachten des G. vom 30. März 04', in welchem bei ‚zweckmäßiger Vorrichtung' eine Jahresausbeute von 200 000 ℳ in Aussicht gestellt und die Beteiligung an dem gesunden chancenreichen Unternehmen der Grube G. empfohlen wird, nicht bloß eine allgemeine Anpreisung der G.-Kuxe durch einen Verkaufslustigen, sondern eine besonders warme Empfehlung ihres Ankaufs. Im Anschlusse hieran ist erwogen, es sei nicht anzunehmen, daß M. diesen tatsächlichen Angaben irgendwie mißtraut habe, vielmehr sei nicht zu bezweifeln, daß nur diese Angaben M. zu dem Ankaufe der G.-Kuxe an Stelle der Kuxe von K. bestimmt hätten. Auch diese Erwägungen geben zu Bedenken Anlaß. Hierbei ist nämlich vor allem die Tatsache zu berücksichtigen, daß M. sich selbst als einen auf dem Gebiete der Kuxe erfahrenen Mann bezeichnet (vgl. seine zum Gegenstand der Verhandlung gemachte Zeugenaussage in Sachen W. gegen D. Blatt 59v). Mit der Vorlage des Gutachtens G.s war er in der Lage, selber die Grundlagen der Empfehlungen des B. zu prüfen. Seiner Aufmerksamkeit konnte es nicht entgehen, daß es sich in dem Gutachten um eine Wahrscheinlichkeitsberechnung der Aussichten des erst im Aufschluß begriffenen Bergwerks handelte, dessen Chancen, Gefahren und Kosten daher, wie ihm als einem im Kuxgeschäfte erfahrenen Manne nicht unbekannt sein konnte, mit Sicherheit sich nicht vor dem vollständigen Aufschluß des Bergwerks berechnen ließen. Er mußte sich also sagen, daß es sich um ein immerhin unsicheres Unternehmen handelte. Bei der großen Wichtigkeit des von ihm beabsichtigten Geschäftes hatte er auch alle Veranlassung, besonders vorsichtig zu sein, das Gutachten sorgfältig zu prüfen und vor allen Dingen über die Zuverlässigkeit und Sachkunde des Gutachters G. Erkundigungen einzuziehen, wozu es ihm an seinem Wohnsitze in der großen Handelsstadt Frankfurt a. M. an Gelegenheit nicht gefehlt haben dürfte. Denn als erfahrener Geschäftsmann mußte er mit der Erfahrungstatsache rechnen, daß die Gutachten über ein erst im Aufschluß begriffenes Bergwerk nicht selten, sei es absichtlich oder unabsichtlich, optimistisch gefärbt sind. Nicht unbedenklich ist deshalb die Annahme des Berufungsgerichts, M. habe den tatsächlichen Angaben des Gutachtens nicht mißtraut. Es wäre zu erwägen gewesen, ob M. dem Gutachten ohne weiteres unbedingt vertrauen durfte, zumal das Berufungsgericht selbst dieses Gutachten in seinen fettgedruckten Vergleichen mit Nachbargruben von guter Förderung als eine wirksame Reklame, die darin enthaltene Voraussetzung ‚zweckmäßiger Vorrichtung' als unbestimmt auffaßt und Zweifel darüber bestehen läßt, ob M. die Erklärung des B., daß Zubußen für nähere oder absehbare Zeit ausgeschlossen seien, unbedingt hingenommen habe.

Hiernach sind schon die Feststellungen und die Erwägungen, welche die Kausalität, d. h. die Frage betreffen, ob und inwieweit der Kläger durch unrichtige Angaben — mit oder ohne eigenes Verschulden — zum Ankauf bestimmt worden ist, nicht erschöpfend und nicht bedenkenfrei. Was nun die weitere Frage betrifft, ob Beklagter als Berater des Klägers anzusehen ist, so ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß die Verantwortlichkeit eines

Bankiers gemäß BGB. § 676 nicht notwendig voraussetzt, daß er um seinen Rat ersucht worden ist, sondern daß er auch für Empfehlungen haftbar erscheint. Immerhin ist aber dazu notwendig, wie auch das Berufungsgericht zutreffend annimmt, daß der Bankier aus der Rolle des bloßen Verkaufslustigen herausgetreten ist und zugleich in erkennbarer Weise die Rolle eines Beraters seines Kunden übernommen hat und als solcher vom Käufer auch angesehen worden ist. Für die Beurteilung dieser Frage sind aber der Mangel eines Ersuchens um Raterteilung sowie überhaupt die Umstände, unter denen das Geschäft abgeschlossen worden ist, von Bedeutung. In dieser Beziehung kann es von Erheblichkeit sein, was vom Berufungsgericht nicht gewürdigt ist, daß dem M. nicht der Beklagte in Person oder ein Bevollmächtigter gegenüberstand, der durch seine Zuverlässigkeit, Kenntnisse und Erfahrungen besonderes Vertrauen einflößte, sondern ein Agent, der schon mit M. in verschiedenartigen Artikeln Geschäfte gemacht hatte und mit einem Verkaufsangebot an ihn herantrat. Nach der Verkehrssitte gilt nun aber der Agent des Verkäufers im allgemeinen nicht als der Berater und die Vertrauensperson des Käufers, vielmehr pflegen seine Anpreisungen wegen des offenbaren Interesses an der Provision mit einer gewissen Vorsicht aufgenommen zu werden.

Den entscheidenden Grund für das Verschulden des Beklagten erblickt endlich das Berufungsgericht darin, daß er in seinem Interesse den Ankauf der Kuxe zu einem hohen Preise empfohlen habe, obwohl ihm deren Unsicherheit bekannt gewesen sei. Hierbei ist es von den Erwägungen ausgegangen, der Beklagte werde sich zwar davon überzeugt haben, daß das Unternehmen der Gewerkschaft nicht aussichtslos war; allein es sei ihm durchaus erkennbar gewesen, daß die erst beabsichtigten Aufschließungsarbeiten auf Schwierigkeiten der verschiedensten Art stoßen konnten und er habe daher die Kuxe zu einem so hohen Preise nicht eher empfehlen können, bis wenigstens ein Fortschritt der Arbeiten einen Erfolg versprochen hätte. Konkrete Tatsachen, welche dem Beklagten zur Zeit des fraglichen Geschäftsabschlusses Grund hätten geben können, an dem guten Erfolge der Aufschließungsarbeiten zu zweifeln, sind nicht festgestellt. Mit der Möglichkeit eines Mißerfolges der Aufschließungsarbeiten mußte aber ein jeder rechnen, der auf dem Gebiete des Bergbaubetriebes auch nur einige Erfahrung besitzt. Mit Recht beschwert sich der Revisionskläger auch darüber, daß das zum Beweise seines Vertrauens auf die günstigen Aussichten der Grube vorgelegte Telegramm der S.-Bank für H. u. G. sowie der für ein Ferngespräch mit dieser Bank erbotene Zeugenbeweis vom Berufungsgerichte unberücksichtigt geblieben sind. Die Erheblichkeit dieser Beweismittel wäre im Zusammenhalt mit den von dem Beklagten bezogenen Gutachten zu erörtern gewesen.

Wenn das Berufungsgericht den Preis, zu dem Beklagter die Kuxe hätte übernehmen können, nach Maßgabe des aus dem Erwerbspreise des Bergwerks und den Betriebsmitteln der Gewerkschaft bestehenden Kapitalswert von 300 000 ℳ bemißt, so steht dieser Erwägung das wirtschaftliche Bedenken entgegen, daß in dem Kurse der Kuxe vielfach nicht bloß der gegenwärtige, aus Erwerbspreis und Betriebsfonds gebildete Kapitalwert, sondern auch schon die Hoffnungen für die Zukunft zum Ausdruck kommen. Nicht unbedenklich ist auch die weitere Erwägung, der Beklagte habe offensichtlich gar nicht daran gedacht, selbst die Gefahr des Unternehmens zu tragen und dafür später den erhofften Gewinn aus dem Betrieb zu erlangen, sondern er habe auf leichtere und raschere Weise durch den Verkauf der Kuxe Geld verdienen wollen. Diese Erwägung läßt es zweifelhaft erscheinen, ob das Berufungsgericht der Natur des Bankgeschäfts Rechnung getragen hat. Der Bankier kauft im allgemeinen Wertpapiere nicht, um sie nach Art der Kapitalisten in den Geldschrank zu legen und die Chancen des einzelnen Unternehmens auszunutzen, sondern sein Geschäft besteht im Umsatz, im An- und Verkauf. Wenn nun aber weiter das Berufungsgericht aus der von dem Beklagten vorgelegten Aufstellung über seine eigenen Ankäufe im Mai und Juni 1904 auf die Absicht des Beklagten,

eine Kurssteigerung herbeizuführen, geschlossen hat, so ist dieser Erwägungsgrund von keiner entscheidenden Bedeutung, solange nicht festgestellt ist, daß der Beklagte durch Kurstreibereien den Kurs der Kuxe schon zur Zeit des hier fraglichen Kaufabschlusses — 24. April 1904 — übermäßig gesteigert hat.

Hiernach kann das Berufungsurteil so, wie es begründet ist, nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr war es aufzuheben und die noch von tatsächlichen Erörterungen abhängige Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . ."

463. Verpflichtung des Bankiers, die Kunden beim Kauf unsicherer Papiere zu beraten. Mitwirkendes Verschulden des geschädigten Kunden. Geschäftlicher Charakter der Korrespondenz eines Buchhalters trotz ihrer persönlichen Form (BGB. §§ 164, 676, 276, 254; HGB. § 347). Urt. vom 7. April 08, III 613/07.

„Die Revision ist zulässig, aber nicht gerechtfertigt. Die Kläger hatten im Januar 1904 von dem Beklagten fünf Kuxe der Gewerkschaft K. zum Kurse von 1651 ℳ gekauft. Durch Brief vom 13. April 1904 lenkte Beklagter die Aufmerksamkeit der Kläger auf die Kuxe der Gewerkschaft G. Nach einigen Mitteilungen über Lage, Absatzverhältnisse und Beschaffenheit des Eisensteins dieser Grube heißt es, man glaube bei zweckmäßiger Vorrichtung eine Jahresausbeute von 200 000 ℳ in Aussicht stellen zu können. ‚Die Kuxe sind mit ca. 910 ℳ erhältlich und glaube ich, daß dieselben mit der Zeit eine beträchtliche Steigerung erfahren. Ich halte die Kuxe für eine chancenreiche Anlage und offeriere Ihnen bis morgen abend gültig bis 10 Stück à 910 ℳ.' Auf der Rückseite dieses Schreibens hatte H. — der Buchhalter des Beklagten — zusätzlich bemerkt:

‚Ich glaube, daß an G.-Kuxen noch ein schönes Stück Geld zu verdienen ist und kann auch ich Ihnen nahelegen, unsere äußerst vorteilhafte Offerte umgehend telegraphisch zu akzeptieren.'

Durch Brief vom 21. April 1904 riet H. den Klägern, die K.-Kuxe zum Kurse von 1625 ℳ abzustoßen; zugleich empfahl er ihnen unter Anführung eines über die Grube G. aufschlußgebenden Exposés 10 Stück Kuxe dieser Grube zu 950 ℳ zu kaufen. Dabei bemerkte er, daß der gegenwärtige Kurs sehr niedrig zu nennen und daß nach Rücksprache mit seinem Chef bei Abnahme der 5 Stück K.-Kuxe zu 1625 ℳ und Überlassung von 10 Stück G.-Kuxen zu 950 ℳ ein weiterer Einschuß nicht erforderlich sei. ‚Streng vertraulich' fügte er hinzu, daß die D.er Bank in B. seit gestern für G.-Kuxe sich interessiere. ‚Was das zu bedeuten hat, werden Sie wohl ermessen können.' Nach weiterer Korrespondenz zwischen den Klägern und H. kam am 17. Mai 1904 zwischen den Parteien ein Vertrag zustande, inhalts dessen die Kläger ihre 5 K.-Kuxe zum Kurse von 1625 ℳ an den Beklagten übertrugen, während dieser ihnen 10 G.-Kuxe zum Kurse von 1100 ℳ übertrug. Der Preis der G.-Kuxe ist bezahlt.

Nachdem die Gewerkschaft G. im Geschäftsjahre 1904/05 nur 8844 t Eisenstein gefördert und den Jahresbericht mit einer Gesamteinnahme von 80 000 bis 90 000 ℳ und mit einer Gesamtausgabe von 288 864,45 ℳ abgeschlossen hatte, wurde in der Generalversammlung vom 10. Mai 1905 die Einziehung einer Zubuße von 350 000 ℳ zur Vornahme neuer Arbeiten und Anlegung neuer Einrichtungen beschlossen. Die Kläger haben näher angegebene Zubußen bezahlt.

Auf Grund der Behauptung, daß die sämtlichen ihnen von dem Beklagten zur Empfehlung der Kuxe gemachten Angaben tatsächlich unrichtig gewesen und daß die Handlungsweise des Beklagten auf Arglist, jedenfalls auf grober Fahrlässigkeit beruhe, haben die Kläger auf Ersatz des ihnen durch den Erwerb der G.-Kuxe entstandenen Schadens geklagt. Beide Instanzgerichte haben die Klage gegen den Beklagten D. für begründet erachtet.

Das Berufungsgericht stellt tatsächlich fest, der Beklagte habe den Klägern, mit denen er in Geschäftsverbindung gestanden, durch Brief vom 13. April 1904 den Ankauf der G.-Kuxe empfohlen und die weitere Empfehlung dieses Ankaufs durch H. stillschweigend gebilligt. Die stillschweigende Billigung wird daraus gefolgert, daß H. zu der Korrespondenz, in der es sich allein um die Geschäfte seines Prinzipals handelte, Briefbogen und Schreibmaschine der Firma benutzte, das Gutachten von G. beifügte, daß er darin ausdrücklich auf eine Rücksprache mit seinem Chef Bezug nahm und daß seinem Vorschlage gemäß der Geschäftsabschluß zustande kam. Ferner ist erwogen, infolge des ihnen in den Briefen vom 13. und 21. April 1904 erteilten Rates seien die Kläger zu dem Geschäftsabschlusse bestimmt worden. Das Unternehmen der Gewerkschaft sei zwar, wovon sich auch der Beklagte zweifellos überzeugt haben werde, nicht aussichtslos gewesen; doch habe sich zur Zeit der Empfehlungen auch nicht mehr als dieses zugunsten des Unternehmens sagen lassen. Dies habe Beklagter gewußt. Die wirkliche Sachlage sei in dem Berichte der K.er Zeitung vom 8. Mai 1904 völlig zutreffend gekennzeichnet und sei, wenn diese Notiz dem Beklagten wirklich entgangen sein sollte, ihm jedenfalls am besten selbst bekannt gewesen. Für den Beklagten sei es sehr wohl erkennbar gewesen, daß die beabsichtigten Aufschließungsarbeiten auf Schwierigkeiten der verschiedensten Art stoßen konnten; er habe daher als Berater seiner Kunden den Ankauf zu hohem Preise nicht eher empfehlen können, bis der Fortschritt der Aufschließungsarbeiten einen Erfolg hätte erkennen lassen. Dem Beklagten sei es auch nicht unbekannt gewesen, daß die Kläger, selbst wenn sie eine Spekulation beabsichtigten, nicht selber in der Lage waren, den ihm bekannten Sachverhalt zu prüfen und daß sie sich demgemäß auf seinen Rat verließen. Dem Beklagten könne nicht der bisherige Mißerfolg des Unternehmens zum Vorwurf gereichen; dagegen sei er dafür verantwortlich, daß er in Kenntnis des damit verbundenen Wagnisses den Ankauf der Kuxe wenig erfahrenen Leuten angeraten und diese dadurch abgehalten habe, sich der Gefährlichkeit des Geschäfts bewußt zu werden.

Die gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe sind unbegründet. Kraft des ihm nach ZPO. § 286 zustehenden Rechts freier Tatsachenwürdigung konnte das Berufungsgericht in den angeführten Umständen eine hinreichende Grundlage für die Annahme finden, daß der Beklagte die Korrespondenz seines Buchhalters H. mit den Klägern stillschweigend gebilligt habe. Unter den obwaltenden Umständen wäre es jedenfalls Sache des Beklagten gewesen, besondere Tatsachen zum Beweise zu verstellen, daß H. die Korrespondenz mit den Klägern ohne sein Wissen und Willen geführt habe. Einen dahingehenden Beweis aber hat er nicht erboten. Bei dem offenbaren geschäftlichen Charakter dieser Korrespondenz war es unerheblich, daß sie in einer den persönlichen Beziehungen des H. zu den Klägern Rechnung tragenden Form stattfand. Auf dem Gebiete freier Beweiswürdigung beruht auch die weitere Annahme, dem Beklagten sei zur Zeit der fraglichen Empfehlungen des Ankaufs der Kuxe einesteils die Unsicherheit des Unternehmens bekannt und anderenteils nicht unbekannt gewesen, daß die Kläger selber nicht imstande seien, den ihm bekannten Sachverhalt zu prüfen. Als ein Bankier, der mit Kuxen und Bohranteilen handelt, mußte Beklagter wissen, daß die Aussichten des erst im Aufschluß begriffenen Bergwerks, mochten die Aufschließungsarbeiten sich auch noch so günstig ansehen, mit einer gewissen Sicherheit sich doch erst nach vollständigem Aufschluß des Bergwerks beurteilen ließen. Mit Rücksicht auf den Stand der Kläger als Rentner bzw. Weingutsbesitzer und ihren Wohnsitz in einem kleineren Orte an der Mosel, von wo aus die Einziehung näherer Erkundigungen über das fragliche Unternehmen immerhin mit Schwierigkeiten verknüpft war, konnte das Berufungsgericht ohne weiteres davon ausgehen, daß die Kläger selber zur Prüfung des Sachverhalts nicht imstande waren und auf den Rat des Beklagten sich verlassen haben. Die an-

geführten Feststellungen rechtfertigen nun aber nach Lage des Falles grundsätzlich die Schadensersatzpflicht des Beklagten, ohne daß es noch auf die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts und die hiergegen gerichteten Angriffe ankommt. Rechtlich ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß ein Bankier, der einem Kunden bei dem Verkaufe eines Wertpapieres den Ankauf angeraten oder empfohlen und damit die Rolle des Beraters übernommen hat, gemäß BGB. §§ 676, 276 und HGB. § 347 zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht bloß wegen Arglist, sondern auch aus dem Vertragsverhältnisse wegen Verletzung der ihm obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet ist. Diese Rechtsauffassung steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und ist auch von dem Revisionskläger nicht angefochten. Grundsätzlich scheint es auch gerechtfertigt, die Verantwortlichkeit eines Bankiers, der einem Kunden unsichere Papiere zum Kaufe anrät, einer strengen Beurteilung zu unterziehen. Jedenfalls muß es als die Pflicht eines ordentlichen, gewissenhaften Beraters angesehen werden, daß er einen Kunden auf die Bedenken, welche bezüglich der Sicherheit eines Papiers und des mit dem Kaufe verbundenen Wagnisses bestehen, aufmerksam macht, soweit ihm die Unsicherheit bekannt ist oder bei sorgfältiger Prüfung bekannt sein muß und soweit er ihre Kenntnis auf seiten des Kunden nicht voraussetzen darf. Andererseits ist der Käufer, der sich auf die Anschaffung eines unsicheren Papieres einläßt, obwohl er die Unsicherheit kennt oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt kennen muß, von einem gewissen Leichtsinn oder Fahrlässigkeit nicht freizusprechen. In einem Falle dieser Art würde es der Gerechtigkeit und Billigkeit widersprechen, wenn es dem Kläger freistände, die günstigen Chancen eines Unternehmens auszunutzen, dagegen die Nachteile seiner fehlgeschlagenen Spekulation ohne weiteres auf den Bankier abzuwälzen und somit auf dessen Kosten zu spekulieren. Vielmehr greift alsdann BGB. § 254 Platz, demgemäß in einem Falle, wo bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem andern Teile verursacht worden ist. Bei der hiernach gebotenen Würdigung der Umstände kommen namentlich als beachtungswerte Momente in Betracht einesteils die Lebenserfahrung und die Geschäftskenntnisse des Käufers und ferner der Umstand, ob die Anschaffung des Wertpapieres überwiegend zu Anlage- oder Spekulationszwecken dient, andernteils die Art und Weise der Ratserteilung, insbesondere ob der Bankier um Rat ersucht ist oder aus eigenem Antriebe und seines Vorteils wegen den Ankauf veranlaßt, hierzu ‚animiert' hat. Je nach Verschiedenheit der Umstände kann somit die Entscheidung bezüglich mehrerer Verkäufe desselben Wertpapieres durch den nämlichen Bankier an verschiedene Personen verschieden ausfallen. Auch bei Prüfung der Sache von diesem Standpunkte ist dem Berufungsurteile im Ergebnisse beizutreten, ohne daß es noch einer Erörterung der einzelnen weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts bedarf. Der Beklagte ist nämlich unaufgefordert an die Kläger mit der Empfehlung des fraglichen Kaufs herangetreten. In seinem Briefe vom 13. April 1904, der die Grundlage des Geschäfts bildet, hat er die fraglichen Kuxe als eine chancenreiche Anlage empfohlen und eine beträchtliche Preissteigerung derselben sowie eine Jahresausbeute von 200 000 ℳ in Aussicht gestellt. Von einem Zweifel an dem guten Erfolge der Aufschließungsarbeiten ist darin keine Rede. Der durchaus günstige Eindruck von den Aussichten des Bergwerks und der Anreiz zum Kaufe der Kuxe wurde noch durch die fortgesetzten und eindringlichen, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit dem Beklagten erfolgten Empfehlungen des H. gesteigert. Unter solchen Umständen ist der durch die Befolgung seines Rats den Klägern entstandene Schaden vorwiegend als durch den Beklagten verursacht anzusehen. Daher ist der Beklagte mit Recht

zum Ersatze des Schadens verurteilt worden, dessen Höhe von dem Berufungsgericht in rechtlich bedenkenfreier und unangefochtener Weise festgestellt worden ist. Die Verschiedenheit der Sachlage in dem gegenwärtigen Falle und in den gleichzeitig zur Entscheidung stehenden Fällen D./M. und D./W. rechtfertigt eine verschiedene Beurteilung. Denn die Umstände der Fälle liegen verschieden sowohl was die Personen der Käufer als auch die der Ratgeber, die Art und Weise der Raterteilung und die Wichtigkeit der abgeschlossenen Geschäfte angeht ..."

464. Ist es zulässig, daß sich ein Gesellschafter durch persönliche Beziehungen Sondervorteile vor dem anderen Gesellschafter verschafft? (BGB. §§ 713, 666, 667, 157, 242). Urt. vom 3. April 08, II 608/07.

Die Parteien schlossen einen Gesellschaftsvertrag, wonach der Beklagte 100 Aktien einer Fabrik zum Kurse von 100% kaufen sollte. Gewinn und Verlust sollten zu gleichen Teilen gehen. Vor dem Vertragsschluß hatte der Beklagte einem Teilhaber der Klägerin erklärt, er habe Gelegenheit, 30 der Aktien, die damals einen Kurswert von 135% hatten, zum Kurse von 100% zu kaufen. Tatsächlich hatte er aber bereits 30 Aktien zum Kurse von 75% gekauft. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet war, die Aktien zum Selbstkostenpreis in die Gesellschaft einzulegen, und ob er der Klägerin den Unterschied zwischen dem Einlagekurs und dem Erwerbspreis zu bezahlen hat.

Aus den Gründen:

„... Zwar geht das Berufungsgericht zutreffend von dem Grundsatze aus, daß die Gesellschaftsverträge von Treu und Glauben beherrscht sein müssen. Allein es wendet diesen Grundsatz zu Unrecht auf den gegebenen Fall nicht an und irrt in der rechtlichen Beurteilung des Sachverhältnisses unter Verletzung des BGB. §§ 157, 242, 713, 666 und 667. Grundsätzlich müssen die Gesellschaftsverträge, die auf besonderem Vertrauen zu beruhen pflegen, in erhöhtem Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht sein. Unter den Gesellschaftern muß in Gesellschaftsangelegenheiten Offenheit und Ehrlichkeit die Richtschnur bilden. Bei einem Gesellschaftsverhältnis, das auf der Grundlage gleichen Gewinnes und Verlustes beruht, verbietet es die Vertragstreue, daß ein Gesellschafter unter Verheimlichung vor dem anderen sich einen besonderen Vorteil, einen ‚Schnitt' verschafft. Gegen diesen Grundsatz hat der Beklagte verstoßen, als er dem Teilhaber der Klägerin die falsche Tatsache vorspiegelte, er habe Gelegenheit zu 100% zu kaufen, und ihm verschwieg, daß er bereits zu 75% gekauft hatte. Mit Rücksicht auf diese Erklärung und den Wortlaut der Urkunde ‚kauft' ging der Sinn des Vertrages offenbar dahin, daß Beklagter für Rechnung der Gesellschaft zu 100% kaufen sollte. Für eine andere Auffassung bietet auch der vom Berufungsgericht bezogene Brief vom 22. Juni 1907 keinen Anhalt, indem daraus hervorgeht, daß der Ankauf der Aktien auf den Namen der Klägerin, den ihr Teilhaber vorgeschlagen hatte, bloß auf die Gegenbemerkung des Beklagten unterblieben ist, daß der Name der Klägerin nicht genannt werden dürfe, weil nur er als Schwiegersohn eines Gründers die Aktien unter dem Kurse angeboten bekommen habe. Übernahm somit Beklagter den Auftrag, die Aktien für die Gesellschaft zu kaufen, so bestimmte sich sein Pflichtenkreis als Beauftragter nach Maßgabe des BGB. §§ 713, 666 und 667. Hiernach ist der Beauftragte verpflichtet, dem Auftraggeber — auch unaufgefordert — die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen, nach der Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen und alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Für Bemessung der Anforderungen, welche an die Vertragstreue des Beauftragten zu stellen sind, bilden die für den Kommissionär geltenden Vorschriften des HGB. §§ 384, 387, 400 und 401 auch in den Fällen

ähnlicher Art, in denen sie nicht unmittelbar Anwendung finden, einen naheliegenden gesetzlichen Maßstab. Nach diesen Vorschriften ist der Kommissionär verpflichtet, das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen; im Falle er zu vorteilhafteren Bedingungen das Geschäft abschließt, insbesondere wenn er zu geringerem als dem ihm vom Kommittenten bestimmten höchsten Preise einkauft, so kommt dies dem Kommittenten zustatten. Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem nach § 400 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen. Hieraus ergibt sich, daß der Beklagte die Aktien nicht zu höherem Preise berechnen durfte, als er dafür zu zahlen hatte . . ."

465. Recht des ausgeschiedenen Vorstandes einer Aktiengesellschaft auf Einsicht ihrer Bücher (BGB. § 810). Urt. vom 8. April 08, I 599/07.

„Die Revision rügt mit Recht, daß das Kammergericht BGB. § 810 zu enge auslegt, wenn es ihm im vorliegenden Falle die Anwendung versagt. Der Kläger ist von der beklagten Aktiengesellschaft und von Aktionären derselben wegen angeblicher Verletzung aktienrechtlicher Pflichten in Anspruch genommen. Das Rechtsverhältnis, in welches der Kläger in seiner Eigenschaft als Vorstand zu der Aktiengesellschaft und zu den Aktionären getreten ist, war nicht bloß sein Anstellungsverhältnis, sondern es ist das gesamte Pflichtverhältnis, welches sich aus der gesetzlichen Organisation der Aktiengesellschaft und den dem Vorstand obliegenden gesetzlichen Verbindlichkeiten für diesen ergibt. Wenn Kläger zum Zwecke seiner Rechtsverteidigung gegen die erhobenen Regreßansprüche sich auf die Hauptbücher, die Warenversandbücher, die Kassabücher, die Memoriale und Journale der Aktiengesellschaft aus den Jahren 1897—1900 beruft und deren Einsicht unter Zuziehung eines gerichtlich ernannten Büchersachverständigen begehrt, so läßt sich zunächst sein Interesse an der Einsicht nicht in Zweifel ziehen. Es muß aber auch anerkannt werden, daß in diesen Büchern das zwischen ihm und der Aktiengesellschaft in den einzelnen Jahren jeweils bestandene Rechtsverhältnis beurkundet ist, insofern sie die urkundliche Unterlage für die Darlegung der ganzen Geschäftsführung des Vorstands, für die Erfüllung seiner aktienrechtlichen Verpflichtungen und seine Verantwortung hierüber bilden. Im vorliegenden Falle behauptet Kläger überdies, daß nach seinem Ausscheiden (Dezember 1900) falsche Bilanzen aufgestellt und fingierte Posten in die Bücher der Gesellschaft eingetragen worden seien, mit denen er belastet wurde; er glaubt diese Buchungen in den oben erwähnten Geschäftsbüchern widerlegen zu können . . ."

466. Bedeutung der Prüfung und Bezahlung der Rechnung über Bauarbeiten, die zu angemessenen und ortsüblichen Einheitspreisen vergeben waren (BGB. § 812). Urt. vom 5. Mai 08, VII 361/07.

„. . . Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils steht unbestritten fest, und es wird auch in den Gründen dieses Urteils als unstreitig behandelt, daß nach Herstellung der ersten der beiden Bauten, und nachdem auf Veranlassung des Beklagten eine Prüfung der Baurechnung durch den Architekten B. erfolgt war, eine vollständige Abrechnung zwischen den Parteien stattgefunden und daß der Beklagte den hierbei festgestellten Kostenbetrag für den ersten Bau bezahlt hat. Gleichwohl haben die Vorinstanzen es als zulässig erachtet, in die Prüfung der Frage, wieviel der Kläger noch zu fordern habe, auch den ersten Bau mit einzubeziehen und die gegen die Rechnung für diesen Bau gerichteten Bemängelungen des Beklagten mit zu berücksichtigen. Das Berufungsgericht begründet dies damit: es sei nicht anzunehmen, daß Beklagter mehr, als wozu er nach dem Bauvertrage verpflichtet war, habe zahlen wollen, vertragsgemäß aber hätten nach der eigenen Behauptung des Klägers die an-

gemessenen und ortsüblichen Einheitspreise maßgebend sein sollen, und auf Grund des Gutachtens des in erster Instanz vernommenen Sachverständigen R. seien nur die von diesem bezeichneten Einheitspreise als angemessen, wie auch seine Massenberechnungen als richtig anzusehen. Die vom Berufungsgericht nicht ausdrücklich ausgesprochene, aber ersichtlich von ihm hieraus gezogene Schlußfolgerung, daß auf solcher Grundlage Raum sei für eine Zurückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktion), kann rechtlich nicht gebilligt werden. Wenn in einem Werkvertrage bestimmt wird, daß die Vergütung nach angemessenen und ortsüblichen Einheitspreisen erfolgen solle, und wenn nach Herstellung des Werkes der Unternehmer seine Rechnung dem Besteller zugehen läßt, so bedeutet dies, daß er die in die Rechnung eingestellten Einheitspreise als die angemessenen und ortsüblichen (vgl. auch BGB. § 632 Abs. 2) bezeichne und beanspruche. Läßt nunmehr der Besteller, wie es hier der Beklagte unstreitig getan hat, durch seinen sachverständigen Vertrauensmann die Rechnung prüfen und zahlt er die bei einer hierauf mit dem Unternehmer vorgenommenen Abrechnung beiderseits festgestellte Schuldsumme, so ist hierin eine vertragsmäßige Einigung über den Betrag der Schuldsumme zu finden. Diese zu dem ursprünglichen Vertrage hinzugetretene Einigung bildet mit ihm den Rechtsgrund der erfolgten Zahlung, der nicht dadurch beseitigt werden kann, daß nachträglich unter Berufung auf einen neuen Sachverständigen behauptet wird, die beiderseits als angemessen angenommenen Einheitspreise seien nicht angemessen gewesen. Diese Behauptung, mit der der Beklagte in unzulässiger Weise sich über das zweite Abkommen hinwegsetzt, ist hiernach nicht geeignet, die geleistete Zahlung als teilweise ohne rechtlichen Grund (BGB. § 812) erfolgt erscheinen zu lassen. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts, auf der bei diesem Punkte die angefochtene Entscheidung beruht, verletzt zum Nachteile des Klägers das Gesetz, woraus sich insoweit die Aufhebung des Berufungsurteils ergibt . . ."

467. 1. **Ist der Bauherr Betriebsunternehmer, wenn er einen Arbeiter des Bauausführenden zu einer Arbeit anweist? Inwieweit hat er dafür zu sorgen, daß der Arbeiter bei Ausführung dieser Arbeit nicht infolge der Tätigkeit eines anderen auf dem Bau Beschäftigten verletzt wird?** (BGB. § 823; GewUVersG. §§ 135, 140; BauUVersG. § 45 Abs. 2.) 2. **Zulässigkeit der allein vom Nebenintervenienten eingelegten Revision** (BGB. § 67). Urt. vom 7. Mai 08, VI 368/07.

„Die Zulässigkeit der von der Nebenintervenientin allein eingelegten Revision unterliegt keinem Bedenken. Zwar hat sie das Rechtsmittel nicht namens des Beklagten eingelegt. Sie ist auch, da sie den Versicherungsfall bestritten hat, keine Streitgenossin des Beklagten i. S. von ZPO. § 69. Allein sie tritt lediglich als Gehilfin des Beklagten zu seiner Unterstützung auf und hat nirgends die Schranke der ihr in ZPO. § 67 zugewiesenen prozessualen Befugnisse überschritten. Es verschlägt daher nichts, daß sie bei der Einlegung der Revision nicht ausdrücklich beigefügt hat, daß dies namens des Beklagten geschehe (vgl. RGZ. 42, 389; JW. 00, 603 Nr. 2; 06, 562 Nr. 32).

Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob Beklagter als Dritter i. S. von GewUVersG. § 140 mit BauUVersG. § 45 Abs. 2 und nicht vielmehr als Betriebsunternehmer gemäß § 135 allda anzusehen sei.

In dieser Beziehung war dem Berufungsgericht beizutreten. Es kann sich nur darum handeln, ob der Beklagte die Arbeit, bei welcher Kläger verunglückt ist, als Regiebauunternehmer, d. h. als Bauherr für eigene Rechnung, durch den als Arbeiter unmittelbar angenommenen Kläger ausführen ließ. Das Berufungsgericht stellt nun fest, daß Beklagter in der Meinung, die Kellerstiege sei zu steil angebracht und deshalb die vertragsmäßige Leistung von dem Unternehmer S. nicht bewirkt worden, die richtige Erfüllung vom Kläger verlangt habe, und daß dieser dem Verlangen nachgekommen sei in

der Annahme, daß S. in Kenntnis davon den ihm erteilten Auftrag auch hierauf erstreckt haben würde.

War die Auffassung, von der der Beklagte und der Kläger ausgegangen sind, richtig, so liegt zutage, daß S. der Unternehmer bei der fraglichen Arbeit geblieben ist. Aber auch, wenn ihre Auffassung, daß die Arbeit innerhalb des Bauvertrags liege, irrig war, ist der Beklagte schon deshalb nicht Regiebauunternehmer geworden, weil ihm der Wille fehlte, die Arbeit für eigene Rechnung auszuführen und den Kläger als seinen Arbeiter anzunehmen. Dafür, daß Beklagter als Repräsentant oder Betriebsaufseher des S. tätig geworden wäre, gebricht es an jedem Anhalt. Die Revision ist in der mündlichen Verhandlung auf diese Behauptung auch nicht mehr zurückgekommen.

Gehörte aber der Beklagte nicht zu den in § 135 a. a. O. bezeichneten Personen, so war er ein Dritter i. S. von § 140, und es bedarf die von dem Berufungsgerichte bejahte, indes nicht unzweifelhafte Frage, ob er auch dann, wenn er die Arbeit als Regiebauunternehmer hätte ausführen lassen, nicht als Betriebsunternehmer, sondern als Dritter zu gelten hätte, weil die Berufsgenossenschaft, der S. angehörte, den Kläger wegen des Unfalls entschädigt habe, keiner Erörterung.

Dagegen reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Nachweis, daß der Beklagte aus Fahrlässigkeit die Verletzung des Klägers verursacht habe, nicht aus. Der Beklagte hat nur dann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, wenn er wußte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit annehmen mußte, daß die von ihm angeordneten Arbeiten in den übereinander liegenden Treppenöffnungen zur selben Zeit vorgenommen würden, trotzdem aber keine Vorsorge getroffen hat, daß ein gleichzeitiges Arbeiten oben und unten vermieden oder die Öffnung zum Obergeschoß verdeckt wurde. Das Berufungsgericht beschränkt sich auf die Bemerkung: Es sei nicht ausschlaggebend, ob zu der Zeit, wo Beklagter den Kläger in der Kelleröffnung stehend arbeiten sah, der Knecht (um Ziegel zu holen) gerade nach oben zu steigen sich anschickte und der Beklagte dies wahrnahm; jedenfalls habe Beklagter so viel gewußt, daß das Herunterschaffen der Ziegel noch nicht vollendet war. Dieser Satz ist an sich nicht ganz deutlich; er läßt nicht sicher erkennen, ob der Beklagte, als er den Kläger an der Arbeit in der Kelleröffnung sah, gewußt hat, daß das Herunterschaffen der Ziegel noch nicht vollendet war. Wenn man aber auch diese Auslegung zulassen wollte, so ist nicht festgestellt, ob damals mit dem Herunterschaffen der Ziegel überhaupt schon begonnen war, und ob der Beklagte darum gewußt hat. Hat der Beklagte um die Mittagszeit seinem Knecht den Auftrag gegeben und ihm, ohne eine bestimmte Zeit für die Ausführung zu bezeichnen, den Nachmittag dafür freigelassen, und hat der Knecht ohne Vorwissen des Beklagten, während dieser vorübergehend abwesend war, mit der Arbeit angefangen, so würde den Beklagten nicht ohne weiteres der Vorwurf der Fahrlässigkeit treffen. Denn er brauchte nicht vorauszusetzen, daß der Knecht gerade zu der Zeit, wo er — Beklagter — nicht zur Stelle und wo Kläger unten beschäftigt war, die Ziegel holen und daß auch der Kläger, solange Beklagter nicht da war, durch eigene Einsprache oder Aufhören mit der Arbeit gegen die ihm drohende Gefahr sich nicht selbst schützen werde.

Demgemäß mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden."

468. Verletzung eines Kindes bei einem vom Wirt geduldeten Scheibenschießen in einer Gaststube (BGB. § 823). Urt. vom 27. April 08, VI 418/07.

„Die Erwägungen des Berufungsgerichts enthalten eine Reihe von Rechtsverstößen, die zur Aufhebung des Urteils führen müssen.

Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts leidet es gar keinen Zweifel, daß das Dulden des Schießens durch den Beklagten ursächlich für die Verletzung des Klägers war, mit der es in nahem Zusammenhang stand. Fraglich kann nur sein, ob es auch fahrlässig war. In dieser Beziehung ist die Meinung des Berufungsgerichts irrig, daß die Voraussicht einer Schadenszufügung für den Beklagten sich auf den konkreten Unfall zu erstrecken hatte. Es genügt vielmehr, wenn es dem Beklagten bei der gebotenen Überlegung möglich war, vorauszusehen, daß durch das Dulden des Schießens in dem Gastzimmer für die darin sich aufhaltenden Personen irgend eine Gefahr entstehen könne (vgl. JW. 97, 198 Nr. 38; 06, 740 Nr. 3).

Im allgemeinen wird es nun als ein bedenkliches und gewagtes Unternehmen anzusehen sein, wenn der Wirt gestattet, daß in seiner Gaststube nach der Scheibe geschossen wird. Denn es liegt nahe, daß in einem verhältnismäßig engen Raum durch die Ungeschicklichkeit, die Unvorsichtigkeit oder den Leichtsinn eines Schützen oder durch die Unbedachtsamkeit eines am Schießen nicht Beteiligten, der in die Schußlinie gerät, ein Unglück sich ereignen kann. Der Wirt wird daher nur dann von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit freizusprechen sein, wenn er alle Vorsichtsmaßregeln gegen eine mögliche Gefahr getroffen, wenn er insbesondere beim Schießen für ständige Aufsicht, für verlässige und kundige Bedienung, für Fernhaltung ungeeigneter Schützen, für tadellose Waffen und durch Absperrung der Schießstätte dafür gesorgt hat, daß die übrigen Gäste sich nur an Plätzen niederlassen oder bewegen können, wo sie vor Gefahr gesichert sind. Es hat den Anschein, als habe der Beklagte die hiernach nötigen Vorkehrungen in mehrfacher Richtung versäumt. Das Reichsgericht trägt jedoch Bedenken, in der Sache selbst jetzt schon zu erkennen, weil es an jeder sicheren Feststellung über die Ursache und den Verlauf des Unfalls, über die Beschaffenheit und Einrichtung der Gaststube, den Platz des Schützen, des Klägers, der Scheibe, über Art und Zustand des Gewehres fehlt. Es sind weder Zeugen gehört, noch ein Augenschein eingenommen, noch die Strafakten gegen H. wegen fahrlässiger Körperverletzung des Klägers beigezogen worden. Das Berufungsgericht beschränkt sich darauf, eine Zeichnung in Bezug zu nehmen, die die Situation wiedergebe, und den Unfall dahin zu schildern, daß H. mit dem Flobertgewehr hantiert habe, wobei dieses rechtwinkelig zur Schußlinie losgegangen sei. Den Beweisantrag des Klägers, daß das Gewehr sich deshalb vorzeitig und unbeabsichtigt entladen habe, weil es alt und schlecht gewesen sei, hat es als unerheblich abgelehnt.

Die Zeichnung gewährt indes kein deutliches Bild von der Gaststube. Nur der Sitz des Klägers ist eingezeichnet, aber mit einem Fragezeichen versehen. Ferner finden sich ohne ein Markierzeichen die Worte ‚Platz des Schützen‘ und ‚Scheibe‘, die gleichfalls mit Fragezeichen versehen sind. Daraus ist also nicht zu entnehmen, wo der Schütze und wo die Scheibe stand. Weiter ist die Darlegung geboten, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise H. mit dem Gewehre hantierte, was für ein Gewehr es war und in welchem Zustand es sich befand. Würde etwa H. das Gewehr, wie dies bei Hinterladern zu geschehen pflegt, beim Laden seitlich gehalten und die Waffe, wie Kläger behauptet, ohne daß H. es wollte, also ohne daß er an dem Abzug drückte, sich entladen habe, so könnte von einer Außerachtlassung der allergewöhnlichsten und selbstverständlichen Sorgfalt, wie das Berufungsgericht sie dem H. zuschreibt und als von dem Beklagten nicht voraussehbar erachtet, nicht wohl gesprochen werden. Der Beklagte hätte gerade erkennen müssen, daß die Benutzung eines solchen Gewehres den Insassen des Zimmers Gefahr bringen könne. Die Erhebung des beantragten Beweises durfte daher nicht umgangen werden.

Der Beklagte hat noch ein mitwirkendes Verschulden des Vaters des Klägers geltend gemacht, weil er einen Platz hätte wählen müssen, der vor abirrenden Geschossen sicher gewesen wäre. Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten saß der Vater des Klägers zur Schußlinie in einem rechten Winkel,

dessen Scheitel der Stand des H. war und hatte das Kind auf dem Schoß. Es ist nicht einzusehen, wie hierin ein Verschulden des Mannes liegen soll, zumal Beklagter nicht etwa behauptet, er habe ihm einen anderen, gesicherteren Platz angewiesen. Die Frage, ob sich der Beklagte auf ein Verschulden des Vaters des Klägers berufen könnte, bedarf mithin keiner Prüfung.

Nach dem Ausgeführten war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen . . ."

469. Verletzung von Kindern durch das freiliegende Räderwerk einer auf einem Wasserwerk offen dastehenden Maschine (BGB. §§ 823, 89, 31). Urt. vom 13. April 08, VI 356/07.

„Beide Vorinstanzen gehen erkennbar und mit Recht von der Auffassung aus, daß, wer eine dem Leben oder der Gesundheit anderer gefahrdrohende Maschine an einem Orte aufstellt, der anderen zugänglich ist, für die Abwendung solcher Gefahr Vorsorge zu treffen hat. Die Bohrmaschine mit ihrem freiliegenden Räderwerk brachte an einem Orte, der spielenden Kindern zugänglich war, diese in die Gefahr, daß sie sich beim Spiel mit den Rädern verletzten. Darum war die Beklagte, der die Maschine gehörte und auf deren Wasserwerk sie stand, verpflichtet, der Gefahr für die spielenden Kinder vorzubeugen. Die vom Berufungsgericht erwähnten Vorschriften der Berufsgenossenschaft zur Verhütung von Unfällen sind freilich nur zum Schutz der versicherten Arbeiter bestimmt und hier nicht anwendbar. Aber schon die allgemeinen Rechtsgrundsätze ergeben die erwähnte Verpflichtung der Beklagten.

Der Kläger hat nun behauptet, der Direktor des Wasserwerkes B. habe diese Pflicht schuldvoll verletzt und die Beklagte habe solches Verschulden nach BGB. § 31 zu vertreten. Diese Stellung B.s ist auch seither von der Beklagten nicht bestritten und es kommt darum nicht darauf an, daß das Berufungsgericht die Fälle des BGB. §§ 30, 31 nicht unterscheidet und B. als im Umfange seines Dienstkreises verfassungsmäßig berufenen Vertreter des Oberbürgermeisters bezeichnet und daraus folgert, daß die Beklagte für sein Verschulden einzustehen habe. Es liegt offenbar nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks vor, die für die sachliche Entscheidung unerheblich ist.

Das Verschulden B.s soll nach der Auffassung des Klägers darin bestanden haben, daß er die offen an dem Platze, wo Kinder spielten, dastehende Maschine Jahre hindurch unverwahrt hat stehen lassen. Es kann nicht darauf ankommen, ob er gewußt hat, die Maschine stamme von dem alten Werk und sei bestimmt gewesen, als altes Eisen verkauft zu werden, statt dessen aber von K. nach dem neuen Werk mitgenommen und dort weiter benutzt. Entscheidend ist allein, ob er die Maschine auf dem Platze, wo sie sich jahrelang befunden hat, wahrgenommen hat oder ob er sie wenigstens bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte wahrnehmen müssen. Daß er sie nicht gesehen hat, ist vom Berufungsgericht auf Grund der Zeugenaussage B. festgestellt und diese Beweiswürdigung ist in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen. Es verneint auch die zweite Frage, diese aber aus Gründen, die rechtlich bedenklich sind. Der Kläger hat behauptet und unter Beweis gestellt, B. sei täglich an der Maschine vorbeigegangen. Wenn nun auch trotzdem angenommen werden durfte, B. habe sie nicht bemerkt, so wird doch damit nicht die Frage beantwortet, ob er sie nicht habe bemerken müssen. Ihre Verneinung ergibt sich nicht aus der für das Berufungsgericht ausschlaggebenden Erwägung, B. habe gar nicht daran denken können, daß die alte Maschine dastehe. Das geht fehl, weil es allein darauf ankommt, ob B. darauf aufmerksam werden mußte, daß dort eine Maschine mit unverwahrtem Räderwerk stand, gleichviel von welcher Herkunft. Dieser Irrtum hat offenbar dazu geführt, daß das Berufungsgericht nicht weiter auf die Frage eingegangen ist, ob die Maschine an einem wenig sichtbaren Ort gestanden hat, oder B. sie bei seinem häufigen Vorbeigehen vor

Augen hatte und ob es nicht seine Stellung mit sich brachte, daß er die Ungehörigkeit, als welche sich der Mangel einer Verdeckung des Räderwerks darstellt, im Laufe der Jahre bemerken mußte, wenn er die durch seine Stellung gebotene Sorgfalt beobachtete.

Wegen dieses Bedenkens mußte das Berufungsurteil aufgehoben und eine anderweite Verhandlung und Entscheidung angeordnet werden ..."

470. 1. **Verletzung durch einen Kohlenwagen, der vom höher gelegenen Kohlenhofe nach der Straße heruntergerollt wird. Eigenes Verschulden des Verletzten** (BGB. §§ 823, 276, 254). 2. **Zwischenurteil über den Grund, wenn erst in der Berufungsinstanz ein bestimmter Betrag gefordert ist** (ZPO. § 304). Urt. vom 9. April 08, VI 279/07.

„Der Kläger hat zwar sowohl in der ersten wie in der zweiten Instanz nur den eine Bezifferung seines Anspruchs nicht enthaltenden Antrag gestellt, die Beklagte zum Ersatze des ihm durch den Unfall erwachsenen Schadens und zur Zahlung einer gerichtsseitig zu bestimmenden Rente zu verurteilen. Aus diesem Antrage ist ersichtlich, daß der Kläger eine Leistungs-, nicht eine Feststellungsklage erhoben hat; es soll ihm in diesem Rechtsstreit eine Rente zugesprochen werden. Dagegen konnte allerdings, solange ein Betrag der verlangten Leistung nicht angegeben war, auch von einem Streit über diesen nicht die Rede sein und es wäre deshalb in erster Instanz, in welcher der Kläger auch im Klagvorbringen eine Rente in bestimmter Höhe nicht als angemessen angesprochen hat, der Erlaß eines Zwischenurteils nach ZPO. § 304 nicht zulässig gewesen. Dagegen hat der Kläger in der Berufungsinstanz den Klagantrag durch den Vortrag ergänzt, indem er die Angemessenheit einer Rente von wenigstens 50 ℳ monatlich behauptet. Damit ist, wie der erkennende Senat mehrfach ausgesprochen hat (vgl. JW. 06, 313 Nr. 21, 472 Nr. 23), die Absonderung des Streites über den Betrag der Forderung von dem Streit über den Grund in einem Zwischenurteil nach ZPO. § 304 ermöglicht.

Für die materielle Beurteilung des erhobenen Anspruchs ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß der Beklagten ein Verschulden an der Verursachung des Unfalls des Klägers zur Last fällt, das ihre Haftung für dessen Folgen nach BGB. §§ 823, 276 begründet. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die beladenen Kohlenwagen von dem höher gelegenen und zur Straße steil abfallenden Kohlenhofe der Beklagten mit großer Wucht und Schnelligkeit zur Straße herunterrollen mußten, so daß ein Anhalten der einmal in Bewegung befindlichen Wagen nicht möglich war. Daraus ergibt sich, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, daß eine Umschau, die der die Wagen dirigierende Kutscher vor dem Hinunterlassen eines Wagens auf der Straße hielt, nicht genügte, die für die Passanten der Straße durch das von der Seite her erfolgende Hinabrollen der Wagen entstehende Gefahr zu beseitigen; es war erforderlich, daß beim jedesmaligen Hinablassen eines Wagens von dem Kohlenhofe nach der Straße auf der letzteren eine zweite Person postiert wurde, die die Passanten, Fußgänger und Fuhrwerkslenker in geeigneter Weise auf das zu erwartende Hinabrollen eines Wagens von dem Kohlenhofe aufmerksam machte; ein Zuruf des Kutschers, der den Kohlenwagen an der Deichselstange lenkte, erfüllte, wie das Berufungsgericht nach Lage der Umstände zutreffend annimmt, diesen Zweck nicht, da er im Geräusch des Wagens oder der Straße untergehen, auch leicht zu spät kommen konnte. Der Hinweis der Beklagten auf den geringen Umfang ihres Geschäfts und ihr diesem entsprechendes kleines Personal kann sie nicht entlasten. Wenn sie einen Hof mit den festgestellten Eigenschaften für ihr Geschäft anmietete, mußte sie auch gegen die Gefahren, die durch die Handhabung ihrer Wagen von dem Hofe nach der Straße für den Straßenverkehr entstanden, Vorsorge treffen. Im gegebenen Falle befand sich die Beklagte selbst bei den Kutschern auf dem Kohlenhofe und sah der Abwickelung der Verrichtung des Kutschers zu; sie hatte sich nach dem Tat-

bestande des landgerichtlichen Urteils mit dem Kutscher vor dem Herablassen des Wagens durch Umschau auf der Straße überzeugt, daß diese frei war; jede Gefahr wäre beseitigt worden, wenn sie auf der Straße verblieben wäre, um die Leute der Straße, die etwa durch das Hinabrollen des Kohlenwagens gefährdet werden konnten, anzuhalten und zu warnen.

Dagegen muß, entgegen den Erwägungen des Berufungsgerichts, nach der durch die Gerichte der Vorinstanzen festgestellten Sachlage auch ein eigenes mitwirkendes Verschulden des Klägers an dem Unfalle gemäß BGB. § 254 angenommen werden. Der Kohlenhof der Beklagten war nach der Straße hin mit keiner Schranke abgeschlossen und vollständig offen, so daß das Hinablassen eines Wagens von dem Hofe auf die Straße von dieser aus, zumal die Straßenbäume wegen der Winterszeit den Umblick nicht hinderten, auf ziemliche Entfernung übersehbar war. Wer sich in den Verkehr der Straße begibt, muß auch auf diesen acht haben. Das hat der Kläger unterlassen; es kann ganz dahingestellt bleiben, ob ihm, wie die Beklagte behauptet, bekannt war, daß Kohlenwagen aus ihrem Kohlenhofe auf die Straße herausgeschoben zu werden pflegten; auch ohne diese Kenntnis würde er bei einiger Aufmerksamkeit auf die Vorgänge in seiner Umgebung die Hantierungen des Kutschers der Beklagten mit dem Kohlenwagen haben wahrnehmen müssen und wahrgenommen haben. Er hat, indem er vor sich hinschritt, ohne sich irgendwie umzusehen, die Sorgfalt aus dem Auge gelassen, die der Straßenverkehr erfordert. Gemäß BGB. §§ 254, 276 war ihm deshalb nach der Sachlage ein Teil des ihm durch den Unfall entstandenen Schadens selbst aufzuerlegen und die Haftung der Beklagten dementsprechend auf den übrigbleibenden Teil des erhobenen Anspruches zu beschränken. Die Ursächlichkeit des beiderseitigen Verschuldens zu dem Unfalle war im wesentlichen als gleichwiegend anzunehmen, so daß der Klaganspruch zur Hälfte als dem Grunde nach gerechtfertigt zu erklären, zur anderen Hälfte abzuweisen war. Gemäß ZPO. § 565 ist dementsprechend unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils in der Sache selbst entschieden worden. Bei der im Berufungsurteil ausgesprochenen Zurückverweisung der Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag gemäß ZPO. § 538 Nr. 3 hat es, insoweit die Sachentscheidung des Berufungsgerichts bestehen geblieben ist, zu verbleiben ..."

471. 1. Brandschaden infolge Funkenflugs beim Arbeiten mit einem Dampfpfluge. Haften der Besteller, der Unternehmer oder der Unter-Unternehmer? Pflicht des Geschäftsherrn, seine Leute auf eine Polizeiverordnung hinzuweisen (BGB. §§ 823, 831). **2. Zustellung an den vom Konkursverwalter bestellten Prozeßbevollmächtigten nach Aufhebung des Konkurses** (ZPO. § 86). Urt. vom 13. April 08, VI 184/07.

„Der Kläger ist nach Erhebung der Klage in Konkurs verfallen. Der Konkursverwalter hat den Prozeß fortgeführt und das Berufungsurteil ist gegen den Holzhändler H. B., jetzt dessen Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter Rechtsanwalt L. in B., erlassen. Die von der Beklagten zu 4 eingelegte Revision hat diese Bezeichnung des Prozeßgegners beibehalten. Nun hat sich hinterher ergeben, daß zu der Zeit, wo die Revision eingelegt worden ist, nämlich am 15. April 1907, das Konkursverfahren bereits aufgehoben war, und daraus hat der Kläger das Bedenken hergeleitet, ob die Revision der Beklagten zu 4 zulässig sei. Denn sie sei gegen den Konkursverwalter eingelegt, der damals als solcher gar nicht mehr vorhanden gewesen sei und einem Prozeßbevollmächtigten zugestellt, den nicht der Kläger, sondern der Konkursverwalter bestellt habe. Dieses Bedenken ist nicht begründet.

Der Inhaber des streitigen Klaganspruchs ist auch während des Konkurses der Kläger gewesen; nur die Verfügung über den Anspruch war auf den Konkursverwalter übergegangen. Also nicht die Partei, sondern nur deren

Vertretung im Prozesse wurde durch den Konkurs geändert. Darum ist die Revision, in der irrtümlich nach der Aufhebung des Konkurses noch der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse des Klägers bezeichnet wurde, nicht gegenüber einer unrichtigen Partei eingelegt, sondern hat nur fehlgegriffen in der Angabe, daß noch der Konkursverwalter sie vertrete. Eine Berichtigung dieser Angabe ist jederzeit zulässig. Die Zustellung der Revisionsschrift an den vom Konkursverwalter bestellten Prozeßbevollmächtigten entspricht der Vorschrift des Gesetzes. Die Eröffnung des Konkurses hat nach ZPO. § 240 die Unterbrechung des Verfahrens zur Folge; über die Wirkung der Aufhebung des Konkurses ist eine ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen und daraus ist zu folgern, daß in diesem Falle die Partei, deren Verfügungsmacht nicht mehr durch den Konkursverwalter beschränkt ist, ohne weitere Förmlichkeit in den Prozeß wieder eintritt (vgl. RGZ. 58, 370). Die damit in der Person des Klägers eingetretene Veränderung, daß er nämlich wieder prozeßfähig geworden ist, hat nach der Vorschrift der ZPO. § 86 nicht die Wirkung, daß durch sie die vom Konkursverwalter erteilte Prozeßvollmacht aufgehoben wurde. Die Zustellung hatte demnach an den bisherigen Prozeßbevollmächtigten zu erfolgen.

Der Brand, für dessen schädigende Folgen der Kläger den eingeklagten Betrag beansprucht, ist nach der einwandfreien Feststellung des Berufungsgerichts dadurch entstanden, daß aus einer der beiden Dampfmaschinen, die einen Dampfpflug in Bewegung setzten, Funken in das dort vorhandene Heidekraut gefallen sind und dieses oder dürres Gras entzündet haben. Das Feuer hat sich dann weiter verbreitet und hat den Forstbestand auf einem angrenzenden Grundstück des Klägers ergriffen. Das Heideland war Eigentum der Beklagten zu 1, die es in Kultur bringen wollte. Die für die Kultivierung erforderliche Arbeit hatte sie den Beklagten zu 2 und 3 als Unternehmern übertragen und diese hatten wiederum mit der Beklagten zu 4 einen Vertrag geschlossen, wonach diese das einen Teil der Kultivierungsarbeit ausmachende Umpflügen des Grundstücks mittels eines Dampfpflugs übernommen hatte. Die Haftung der Beklagten zu 4 für den Brandschaden wird vom Berufungsgericht auf die Feststellung gegründet, daß während des Betriebes der Dampfmaschinen die Vorschrift einer örtlichen Polizeiverordnung vom 23. Aug. 76 nicht befolgt ist, die anordnet, daß während des Betriebes der Aschenkasten der Maschine so mit Wasser gefüllt sein muß, daß die glühenden Aschenteile in das Wasser fallen mußten und dadurch gelöscht wurden. Es wird weiter als bewiesen angenommen, daß die Entstehung des Heidebrandes auf die Vernachlässigung dieser Schutzvorschrift zurückzuführen ist und zugleich ausgeführt, daß dieser Verstoß gegen das Gesetz auf einem Verschulden der Beklagten zu 4 beruhe. Dieser als der Unternehmerin und Besitzerin der gebrauchten Dampfmaschinen lege die Polizeiverordnung die erwähnte Pflicht auf. Sie hätte aber ihren die Arbeit ausführenden Leuten, namentlich dem Maschinenmeister K., keine besondere Anweisung gegeben, insbesondere auch nicht bezüglich der Befolgung der Polizeiverordnung, die K. ganz unbekannt geblieben sei. Da aus diesem Grunde die Beklagte zu 4 wegen eigenen Verschuldens nach § 823 Abs. 2 haftbar sei, so sei der von ihr angetretene Beweis, daß der Maschinenmeister und der Maschinist mit Sorgfalt für die ihnen übertragene Verrichtung ausgewählt seien, nicht mehr erheblich. Die Revision der Beklagten zu 4 greift die Zurückweisung dieses Entlastungsbeweises als rechtsirrig an, ihre Beschwerde ist jedoch unbegründet. Allerdings war die Beklagte zu 4 berechtigt, das, was die Verordnung ihr auferlegte, durch andere ausführen zu lassen, sie mußte dann aber zugleich mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dafür sorgen, daß die von ihr beauftragte Person eben das tat, was nach der Verordnung zu geschehen hatte. Die Brauchbarkeit der Person für die Arbeit mit dem Dampfpfluge gab die Sicherheit für die Befolgung besonderer polizeilicher Vorschriften noch nicht, solange nicht feststand, daß diese der mit der Verrichtung beauftragten Person bekannt waren. Der von der

Beklagten angetretene Beweis ist darum mit Recht als nicht ausreichend angesehen, um sie von dem Vorwurf des schuldvollen Verstoßes gegen das Schutzgesetz zu entlasten.

Der Kläger hat die Provinz Westfalen als haftbar für den Schaden angesehen, weil sie die Arbeiten für die Kultivierung des Heidegrundstückes angeordnet habe und darum verpflichtet gewesen sei, für deren vorsichtige Ausführung zu sorgen. Das Berufungsgericht hat die Klage zu diesem Teile abgewiesen, weil die Kultivierung des Grundstücks den Unternehmern als die Herstellung eines einheitlichen Werkes übertragen wurde und deswegen die Befolgung der Polizeivorschrift vom 23. Aug. 76 nicht ihr, sondern den Unternehmern obgelegen habe. Sie könne daher auf Grund von BGB. § 823 Abs. 2 nicht haftbar gemacht werden, sondern nur nach BGB. § 831, habe aber den von diesem Gesetz ihr offen gelassenen Entlastungsbeweis geführt. Die Revision hat gegen diese Ausführung zunächst den Einwand erhoben, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Beweis eines der Provinzialverwaltung zur Last fallenden Verschuldens für erforderlich gehalten. Hier habe einer der Fälle vorgelegen, wo der Eigentümer eines Grundstücks auf ihm einen den Nachbarn gefährlichen Betrieb ins Werk setze, den die Nachbarn nicht hindern könnten, der aber nach den vom RG. in dem Urt. vom 11. Mai 04 (RGZ. 58, 130) ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen in jedem Falle zur Entschädigung der Nachbarn verpflichte. Das ist jedoch rechtsirrig, ein solcher Fall hat hier eben nicht vorgelegen, weil die Eigentümer der an die Heide angrenzenden Grundstücke an der Ausübung des durch BGB. § 907 ihnen gegebenen Widerspruchsrechts in keiner Weise gehindert gewesen sind. Von der Revision ist weiter geltend gemacht, daß die festgestellten Tatsachen, auch abgesehen von der Polizeiverordnung, die nach der irrevisiblen Entscheidung der Vorinstanz nicht von der Beklagten zu 1 verletzt sei, deren Haftung ergäben. Der Wiesenbaumeister B. habe, wie sich namentlich aus dem Vertrage der Beklagten zu 1 mit den Beklagten zu 2 und 3 ergebe, offensichtlich die Stellung eines besonderen Vertreters der Provinz i. S. von BGB. § 30 oder eines verfassungsmäßigen Vertreters i. S. von BGB. § 31 gehabt, darum habe die Beklagte zu 1 es zu vertreten, wenn die offenbar gefährliche Arbeit des Dampfpflügens ungenügend beaufsichtigt sei. Dieser Angriff der Revision ist unzulässig, weil er sich auf ein Vorbringen stützt, das in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht ist. Von der angeblichen Stellung B.s und einem ihm zur Last fallenden Verschulden enthält der Tatbestand nichts. Die Revision hat dann auch die Haftbarkeit der Beklagten zu 1 weiter daraus herleiten wollen, daß sie, da sie die gefährliche Arbeit angeordnet habe, verpflichtet gewesen sei, ihre vorsichtige Ausführung zu überwachen, zumal sie nach den Bestimmungen des Vertrages mit den Unternehmern sich ein weitgehendes Aufsichtsrecht vorbehalten, auch durch ihre Beamten B. und E. tatsächlich ausgeübt habe. Dieser Ausführung hat ebenfalls nicht beigetreten werden können.

Für den Besteller eines Werks besteht nicht, wie die Revision zu unterstellen scheint, die allgemeine Pflicht, die Arbeit des Unternehmers zu überwachen, insbesondere dafür zu sorgen, daß die für solche Arbeit bestehenden Polizeivorschriften befolgt werden. Der Vertrag, auf dessen Bestimmungen die Revision sich beruft, gab den Beklagten zu 1 ein nur zur Wahrung ihrer Interessen bestimmtes Aufsichtsrecht, dieses hatte sich aber nicht auf jede Einzelheit der Arbeit oder gar auf die für sie verwendeten Geräte und Maschinen auszudehnen. Darum hat auch die Behauptung des Klägers, die er durch Eid unter Beweis gestellt hat, daß E. mit der Überwachung des Dampfpflügens von der Beklagten beauftragt gewesen sei, als unerheblich vom Berufungsgericht angesehen werden können. Der Hinweis der Revision auf die Verpflichtung der Stadtverwaltungen, bei Ausführung von Arbeiten in den städtischen Straßen durch Unternehmer für die Sicherung des Verkehrs zu sorgen und die Herstellung der erforderlichen Schutzvorrichtungen durch den Unternehmer zu überwachen, geht fehl. Die Tatbestände sind eben durchaus ver-

schieden. Die erwähnte Verpflichtung der Stadtgemeinde besteht ganz unabhängig von der Werkverdingung und vor ihr.

Eine Haftung der Beklagten zu 1 auf Grund von BGB. § 831 ist ausgeschlossen, wo die Handlung des von ihr angenommenen selbständigen Unternehmers in Frage steht. Daß sie nicht fahrlässig gehandelt hat, indem sie die Arbeit den Beklagten zu 2 und 3 übertrug, ist bedenkenfrei festgestellt worden. Diese Unternehmer aber haben nach eigenem Ermessen gehandelt, ihre Tätigkeit ist nicht im einzelnen von dem Willen des Bestellers abhängig gewesen, darum sind die Arbeiten für die Ausführung des Werks nicht als Verrichtungen anzusehen, denen gegenüber die Beklagte zu 1 die Stellung eines Geschäftsherrn eingenommen hat (vgl. RGZ. 51, 199). Die Bedenken der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Entlastungsbeweis des § 831 sei von der Beklagten geführt, können hiernach unerörtert bleiben.

Bezüglich der Beklagten zu 2 und 3 treffen diese Erwägungen ebenfalls zu. Sie haben einen Teil des von ihnen übernommenen Werks der Beklagten zu 4 als selbständiger Unternehmerin übertragen. Sie können darum nach § 831 nicht haften. Daß sie nicht fahrlässig gehandelt haben, indem sie diesen Vertrag mit der Beklagten zu 4 schlossen, ist einwandfrei festgestellt und die Annahme des Berufungsgerichts, daß sie die Polizeiverordnung nicht übertreten haben, ist in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen. Die Beschwerde der Revision über die Abweisung der Klage gegen diese beiden Beklagten ist hiernach unbegründet . . ."

472. Verstößt die Weiterverbreitung einer unter dem Siegel der Verschwiegenheit gemachten Mitteilung gegen die „guten Sitten"? (BGB. § 826). Urt. vom 9. April 08, VI 277/07.

„. . . Dem Berufungsgericht ist aber auch darin beizutreten, daß eine von der Beklagten übernommene Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht die Natur eines rechtsgeschäftlichen Versprechens gehabt haben würde und daß in der bloßen Weiterverbreitung einer unter dem Siegel der Verschwiegenheit gemachten Mitteilung regelmäßig kein rechtlich zu ahndender Verstoß gegen die guten Sitten liegt, daß sich eine derartige Handlungsweise vielmehr nur als eine gesellschaftliche Indiskretion darstellt, die zwar eine Verletzung des gesellschaftlichen Anstandes enthält, rechtliche Folgen aber nicht zu erzeugen vermag . . ."

473. Deliktische Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber den Aktionären (BGB. § 826). Urt. vom 3. April 08, II 606/07.

„Die Revision ist zulässig; sie konnte aber keinen Erfolg haben. Der Berufungsrichter hat seine volle Überzeugung von der Richtigkeit der Feststellungen des gegen den Beklagten ergangenen Strafurteils vom 8. Nov. 02 ausgesprochen, die, soweit es hier interessiert, dahin gehen:

‚Daß der Beklagte in den Jahren 1896, 1897, 1898, 1899 und 1900 durch eine fortgesetzte Handlung

1. — — —
2. a) als Vorstand einer Aktiengesellschaft wissentlich in seinen Darstellungen und in seinen Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft den Stand derselben unwahr dargestellt und verschleiert hat. — —'

Der Berufungsrichter nimmt insbesondere an: Der Beklagte habe die Bilanzen für 1895—1899, namentlich diejenige für 1898 — die Bilanzen sind für die Kalenderjahre nach Ablauf derselben aufgestellt —, wissentlich gefälscht und in denselben Gewinne ausgewiesen, die entweder gar nicht oder nur in erheblich geringerem Umfange verdient gewesen seien; der Beklagte habe die Fälschungen bewirkt durch wissentliche Einstellung einerseits bedeutend — ganz gewaltig — übersetzter Aktienwerte, andererseits bei weitem zu geringer Passivposten, und zwar in dem Bestreben, möglichst hohe Gewinne auszuweisen,

die entweder gar nicht oder doch nur in erheblich geringerem Umfange verdient gewesen seien; der Beklagte habe dabei sowie bei den entsprechenden Veröffentlichungen in dem Bewußtsein gehandelt, daß dadurch andere bestimmt werden würden, Aktien der Gesellschaft zu Preisen anzukaufen, die ihren wahren Wert bei weitem überstiegen, sowie daß sie durch den Ankauf zu Schaden kommen würden. — Es ist rechtlich zutreffend, wenn der Berufungsrichter auf Grund alles dessen annimmt, daß der Beklagte in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise gehandelt hat; das Jahre hindurch fortgesetzte, auf Täuschungen berechnete Treiben des Beklagten, das eine nach HGB. § 314 Nr. 1 mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe zu ahndende strafbare Handlung darstellt, neben der zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann (und der Beklagte ist auch vom Strafrichter zu Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt worden), war ein in hohem Grade sittenwidriges.

Der Berufungsrichter stellt dann weiter den Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln des Beklagten und dem dem Kläger durch den Aktienankauf erwachsenen, hier von ihm geltend gemachten Schaden fest und ist so zu der Verurteilung des Beklagten zum Ersatz des Schadens gelangt. Er stützt diese Verurteilung in erster Linie auf das seit dem 1. Januar 1900 geltende Recht, und zwar auf BGB. § 826, führt aber zugleich (eventuell) aus, daß auch, wenn das alte Recht, nämlich das gemeine Recht, zur Anwendung zu bringen sein möchte, der Anspruch des Klägers ebensowohl begründet sein würde. Ein Rechtsirrtum ist auch hierbei nicht ersichtlich. Insbesondere ist auch nach gemeinem Recht von dem Beklagten für seine mit Treu und Glauben in Widerspruch stehende, bewußt schädigende Handlungsweise einzustehen (Mot. zu dem Entw. eines BGB. 2, 754; RGZ. 18, 71; Windscheid-Kipp, 9. Aufl. 1906 S. 948 unter 1 a).

Vorstehendem gemäß erscheint die vom Revisionskläger vorgebrachte Rüge einer Verletzung der im Berufungsurteil angezogenen Bestimmungen des HGB. und des BGB. § 826 nicht begründet. Bestimmungen des HGB., die von dem Berufungsrichter verletzt sein sollten, sind nicht ersichtlich; das Urteil gründet sich auf BGB. § 826. Der Beklagte, Revisionskläger, hatte zwar in dieser Beziehung noch unter III des Tatbestandes des Berufungsurteils geltend gemacht: Ein Aktionär sei überhaupt nicht berechtigt, gegen den Vorstand der Aktiengesellschaft zu klagen; das HGB. kenne nur Ansprüche der Gesellschaft, nicht aber auch Ansprüche der einzelnen Aktionäre gegen einen pflichtvergessenen Vorstand, und die Sondervorschriften des HGB. müßten den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts vorgehen. Diese Auffassung ist aber von dem Reichsgericht bereits in dem vorliegenden Rechtsstreit (auf die Klage des Klägers gegen andere, mitbeklagt gewesene Personen) in dem Urt. vom 23. Mai 06, abgedruckt in RGZ. 63, 325 (S. 328), als unzutreffend mit der Ausführung verworfen, daß das HGB. über eine deliktische Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber den Aktionären (und gegenüber Dritten) nichts bestimme und die Entscheidung über eine solche Haftung ausschließlich dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sei. Dem ist unbedenklich beizutreten ..."

474. **Genügende Sorgfalt bei der Auswahl eines Kutschers, obwohl er bei der Einstellung in den Fuhrwerksbetrieb dem Verkehr der Großstadt nicht gewachsen war** (BGB. §§ 831, 276). Urt. vom 6. April 08, VI 283/07.

„... Dagegen können die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es auf Grund der von ihm aufgenommenen Beweise verneint hat, daß der Beklagte in einer den Anforderungen des reichsgerichtlichen Urt. vom 20. Sept. 06 entsprechenden Weise nach der Einstellung des Kutschers D. in seinen Betrieb eine Prüfung des Genannten auf seine Tüchtigkeit und moralische Zuverlässigkeit vorgenommen habe, die ihn berechtigte, den D. am Unfalltage zu der Verrichtung zu bestellen, in deren Ausführung dieser die Ver-

letzung des Klägers herbeiführte, nicht gebilligt werden. Sie gehen dem Wortlaute der früheren Entscheidung des erkennenden Senats nach, werden aber ihrem Sinne nicht gerecht. Der Umfang des Fuhrwerksbetriebes des Beklagten und die in ihm getroffenen Einrichtungen zu einer wirksamen Beaufsichtigung der angestellten Kutscher waren in den Verhandlungen der Streitfrage, die der früheren Entscheidung des Reichsgerichts vorausgingen, überhaupt nicht zur Erörterung gebracht worden; die Entscheidung konnte sich ihnen deshalb auch nicht anpassen. Sie sprach aus, daß der Beklagte auf Grund der Auskünfte, die er über den D. bei dessen Einstellung, wenn er die geeigneten Erkundigungen eingezogen hätte, erhalten hätte, diesen nicht oder wenigstens nur versuchsweise hätte einstellen dürfen und in letzterem Falle unter besondere Aufsicht hätte stellen müssen, bis er über seine Eigenschaften als Kutscher Gewißheit erlangt haben würde. Der Kutscher D. befand sich zur Zeit des Unfalls seit sieben Monaten in Stellung bei dem Beklagten; wenn dieser einen so großen Betrieb unterhielt, daß er beständig 100 bis 120 Kutscher beschäftigte, so konnte er einen einzelnen von diesen unter eine besondere Aufsicht nicht wohl stellen, er war auf allgemeine Aufsichtseinrichtungen und Maßregeln angewiesen, und es ist nur zu fragen, ob diese ihn in die Lage setzten, über die Tüchtigkeit, Brauchbarkeit und Zuverlässigkeit der angestellten Kutscher stets unterrichtet zu sein und unzuverlässige Leute sofort abzustoßen. Eine ständige Beaufsichtigung der 100 bis 120 Kutscher durch 5 bis 7 Inspektoren, die täglich den Kutschern in ihre Arbeitsgebiete mittels anderer Beförderungsmittel nachfahren oder neueingestellte Kutscher auf ihren Fuhrwerken begleiten, ist, sofern die Inspektoren selbst ausgesuchte, sachkundige und moralisch zuverlässige Persönlichkeiten sind, wie dies der Beklagte behauptet und unter Beweis gestellt hat, voll geeignet, den Geschäftsherrn fortlaufend über die Fähigkeiten und Leistungen der angestellten Kutscher zu unterrichten. Es ist fast selbstverständlich, daß die Aufsichtstätigkeit der Inspektoren sich nicht in der Erprobung der technischen Eigenschaften der Kutscher erschöpft, sondern vornehmlich dahingeht, die ordnungsmäßige Abwicklung der Aufträge zu kontrollieren. Es genügt, daß es zu den Verpflichtungen der Inspektoren gehört, auch ihr ständiges Augenmerk darauf zu richten, daß die Kutscher die für den Straßenverkehr gegebenen polizeilichen Vorschriften kennen und sorgfältig befolgen, daß sie sich dem Verkehr der Großstadt gewachsen zeigen und dessen Anforderungen an ihre Fuhrwerksleitung mit Besonnenheit und Sicherheit nachkommen und unverzüglich dem Dienstherrn Anzeige zu erstatten, wenn sie in dieser Richtung eine Pflicht- oder Ordnungswidrigkeit oder Mängel der Fähigkeiten wahrnehmen. Entgehen können ihnen diese Dinge bei einer in der beschriebenen Weise eingerichteten Aufsicht nicht, und wenn, wie behauptet ist, diese Aufsicht auf das strengste gehandhabt, jede Wahrnehmung einer Untüchtigkeit oder Unzuverlässigkeit gemeldet und geahndet wurde, dann bestand auch im Hinblick auf die Persönlichkeit des D. nach einer Beschäftigungszeit von 6 bis 7 Monaten in seinem so beaufsichtigten Betriebe für den Beklagten diejenige Gewißheit über die Persönlichkeit des Genannten, die ein Verschulden des Beklagten bei der Auswahl des D. zu der am Unfalltage ihm aufgetragenen Verrichtung i. S. des BGB. §§ 831, 276 ausschließt.

Es ist rechtsirrtümlich und weder dem Geiste des Gesetzes noch dem Sinne der in dieser Sache ergangenen Reichsgerichtsentscheidung vom 20. Sept. 06 entsprechend, wenn dem entgegen das Berufungsgericht lediglich darauf Gewicht legt, ob der Beklagte den D. nach seiner Annahme als Kutscher einer besonderen Aufsicht behufs Prüfung seiner Qualitäten unterstellt habe und das Vorbringen des Beklagten und den Beweis dafür in der Richtung, daß jene allgemeinen Betriebseinrichtungen in ihrer sorgfältigen Handhabung dieselbe Gewähr für eine zuverlässige Information des Beklagten boten, wie in einem kleineren Betriebe eine zeitweilige besondere Beaufsichtigung, für unerheblich erklärt. Aus diesem Grunde war auch das letztergangene Urteil des Berufungsgerichts gemäß ZPO. § 565 Abs. 1 aufzuheben ..."

475. Auswahl von Arbeitern, die zu einer Verrichtung bestellt werden, durch den Betriebsleiter. Vorhandensein gesetzlicher Vorschriften über die Auswahl von Arbeitern zu einer bestimmten Beschäftigung (BGB. §§ 831, 823). Urt. vom 30. März 08, VI 177/07.

„... Die Verurteilung der Beklagten zum Ersatze des durch die Explosion der Klägerin entstandenen Schadens ist im übrigen ohne Rechtsirrtum erfolgt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Begründung, mit welcher das Berufungsgericht die Haftung der Beklagten aus dem rechtlichen Gesichtspunkte des BGB. § 831 ausspricht, in jeder Beziehung dem Gesetze entspricht. Gewiß sind die Arbeiter, die beim Abladen des Dynamits beschäftigt waren, als Angestellte der Beklagten anzusehen, die zu einer Verrichtung bestellt waren, wenn auch die Bestellung nicht unmittelbar durch die Vertretung der Beklagten, sondern durch Zwischenpersonen erfolgte. Die bei dem Umladen des Dynamits beschäftigten Personen waren Arbeiter der Beklagten und von deren Weisungen bei der Ausführung ihrer Verrichtung abhängig (RGZ. 51, 199 ff.). Das Berufungsgericht geht nun selbst mit der Entscheidung des erkennenden Senats vom 9. Juli 06 (JW. 06, 547 Nr. 13) davon aus, daß, wenn die Anstellung und Auswahl der zu einer Verrichtung zu bestellenden Arbeiter nach den getroffenen Betriebsanordnungen höheren Angestellten oblag, die selbst wiederum nicht Vertreter der in Anspruch genommenen juristischen Person nach BGB. §§ 30, 31 waren, der Entlastungsbeweis für die Sorgfalt der Auswahl nach BGB. § 831 auf die Person des höheren Angestellten sich zu richten hat; es meint aber eine Modifikation dieses Satzes für den gegebenen Fall annehmen zu müssen, weil durch den angeführten § 4 der Polizeiverordnung vom 12. Jan. 95 besondere gesetzliche Vorschriften über die Auswahl der beim Transport oder Verladen von Sprengstoffen zu verwendenden Arbeiter getroffen sind, und danach der Nachweis gehöriger Sorgfalt bei der Auswahl nur geführt werden könne, insofern zugleich dargetan werde, daß dabei die polizeiliche Vorschrift beobachtet worden sei. Wenn indessen jene Polizeiverordnung die Auswahl der fraglichen Arbeiter oder deren Genehmigung dem Betriebsleiter der Zeche zuweist, so würde die Erwägung des Berufungsgerichts nur dann unbedenklich erscheinen, wenn der Betriebsleiter, sei es auch nur in dem beschränkteren Sinne des BGB. § 30, als Vertreter der Beklagten anzusehen wäre, was gewiß möglich, aber jedenfalls nicht festgestellt ist. Ist der Betriebsleiter aber selbst nur Angestellter nach BGB. § 831, dann würde es sich fragen, ob nicht dennoch der Grundsatz der Entscheidung vom 9. Juli 06 anzuwenden wäre, mit der Maßgabe, daß die Beklagte zwar nicht der Nachweis sorgfältiger Auswahl anderer Angestellten, die tatsächlich die Dynamitarbeiter bestellt haben, wohl aber der Nachweis sorgfältiger Auswahl des Betriebsführers selbst nach BGB. § 831 entlasten möchte. Insofern es sich für die Beklagte um gehörige Beaufsichtigung des Betriebsführers hinsichtlich der Beobachtung der Polizeivorschrift handelte, kann nicht ihre Haftung aus BGB. § 831, sondern allein diejenige aus § 823 in Frage kommen (vgl. JW. 07, 674 Nr. 9) ..."

476. Zusammenstoß eines Radfahrers mit einem Hunde (BGB. § 833). Urt. vom 27. April 08, IV 454/07.

„Auch nach dem Urteile des Oberlandesgerichts ist der Anspruch des Klägers dem Grunde nach nur für den Fall als gerechtfertigt erklärt, daß er beschwören werde, der jagende Hund sei in sein Vorderrad hineingesprungen. Daß bei diesem Sachverhalte der Tatbestand des BGB. § 833 ohne Rechtsirrtum bejaht ist und daß ein eignes mitwirkendes Verschulden des Klägers gar nicht in Frage kommen kann, bedarf kaum der Begründung und ist auch von der Revision nicht bemängelt. Sie wendet sich vielmehr gegen die bloß hypothetischen Ausführungen des Berufungsrichters, wonach dieselbe Beurteilung auch dann geboten sein würde, wenn sich der Hund im Augenblick des

Zusammenstoßes vor dem Rade des Klägers befunden hätte. Selbst wenn diese Ausführungen rechtsirrig wären, so würde doch das Berufungsurteil hierauf nicht beruhen und die Revision wäre aus diesem Grunde zurückzuweisen. Es ist aber auch nicht zu beanstanden, wenn der Berufungsrichter für den unterstellten Fall annimmt, die zum Zusammenstoß führenden Bewegungen des Hundes seien rein willkürlicher Art gewesen, der Hund habe mithin durch sein weder bloß passives noch unter dem Zwange fremder Einwirkungen stehendes Verhalten die Schädigung des Klägers verursacht . . ."

477. Ausschluß der Haftung des Tierhalters durch Vertrag? (BGB. § 833).
Urt. vom 15. April 08, IV 446/07.

Die Parteien sind Ausschußmitglieder eines Pferdeversicherungsvereins. Sie beabsichtigten, eine Umschau nach dem Zustande der versicherten Pferde zu halten und fuhren dazu auf einem dem Beklagten gehörigen, von ihm geleiteten und mit seinem Pferde bespannten Wagen in verschiedene Orte. Unterwegs scheute das Pferd ohne äußeren Anlaß, ging durch und warf den Wagen um, wobei der Kläger verletzt wurde. Er klagt auf Schadensersatz.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht führt aus: Der Klaganspruch sei gemäß BGB. §§ 833, 842, 843 und 847 überall dem Grunde nach gerechtfertigt. Der Einwand des Beklagten, daß unter den Parteien der Ausschluß der Haftung aus BGB. § 833 stillschweigend vereinbart worden, sei nicht dargetan. Die Parteien und R. seien beauftragt gewesen, die statutenmäßige Nachschau vorzunehmen. Hierzu hätten sie sich eines Fuhrwerks bedienen dürfen; es sei aber selbstverständlich, daß sie nicht durch unnötige Fuhrwerke dem Vereine Kosten machen durften. Sie hätten nun aus Zweckmäßigkeitsgründen vereinbart, daß der Beklagte das Fuhrwerk stelle. Den Vorteil hiervon habe lediglich der Beklagte gehabt, der für sein Fuhrwerk vom Verein Zahlung erhalten habe. Somit habe es sich nicht um eine Gefälligkeit des Beklagten, vielmehr um ein diesem bewiesenes Entgegenkommen gehandelt. Hiernach und auch nach der sonstigen Lage der Sache seien Gründe nicht ersichtlich, die den Kläger hätten veranlassen können, den Beklagten von seiner gesetzlichen Haftung zu entbinden.

Demgegenüber führt die Revision aus: Das Berufungsurteil verstoße gegen die im Urt. des RG. vom 18. März 06 (RGZ. 65, 313 ff.) aufgestellten Grundsätze. Aus dem tatbestandsmäßigen Parteivorbringen und bei Berücksichtigung der vom Beklagten hervorgehobenen Unkenntnis einer zu erwartenden Vergütung sei eine ausreichende Unterlage für die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Tragweite der unter den Parteien zustandegekommenen Vereinbarung nicht zu gewinnen. Falle aber diese Begründung des Berufungsurteils fort, so seien die Voraussetzungen des erwähnten Urt. vom 18. März 06 gegeben. Dann liege, wie dort, eine unentgeltliche Mitnahme des Klägers auf dem Fuhrwerke des Beklagten im gemeinsamen Interesse der Parteien vor und sei alsdann wie in jenem Falle die Haftung des Beklagten als abredemäßig ausgeschlossen anzusehen. Unterstelle man den vom Berufungsgericht angenommenen lästigen Vertrag, so sei eine Verletzung des BGB. § 847 gegeben, da auf die Vertragsklage hin eine Abfindung nach § 847 nicht zu gewähren sei. Ein bestehender Beförderungsvertrag schließe überhaupt jeden Anspruch aus BGB. § 833 aus.

Der Revision war der Erfolg zu versagen. Eine Verletzung der in dem Urt. des RG. vom 18. März 06 ausgesprochenen Rechtsgrundsätze kommt überhaupt nicht in Frage. In dieser Entscheidung ist davon ausgegangen, daß die Frage, ob der Ausschluß der Haftung aus BGB. § 833 vereinbart worden sei, wesentlich aus den Umständen des Einzelfalles zu beantworten ist, und dieser Rechtsstandpunkt ist auch in dem vorliegenden Berufungsurteile festgehalten. In der Sache selbst aber ist das Berufungsgericht bei Zugrunde-

legung der eigenen Angaben des Beklagten in rechtlich bedenkenfreier Weise zu der Überzeugung gelangt, daß eine Vereinbarung der Parteien über den Ausschluß der Haftung nicht zustande gekommen ist. Ob der Beklagte das Gefährt in Unkenntnis einer zu erwartenden Vergütung gestellt hat, brauchte das Berufungsgericht nicht zu erörtern, da eine solche Behauptung des Beklagten tatbestandsmäßig nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung geworden ist. — Daß die Anwendung des BGB. § 833 durch ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis nicht ausgeschlossen wird, ist vom Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen und daran bleibt festzuhalten (vgl. insbes. RGZ. 50, 244). Ist aber der § 833 mit Recht vom Berufungsgericht der Beurteilung zugrunde gelegt, so bleibt für diesen Fall auch BGB. § 847 anwendbar (vgl. das ebenerwähnte Urteil des Reichsgerichts) . . ."

478. Einwendung gegen die Klage aus Eigentumsstörung, daß der Eigentümer infolge obrigkeitlicher Anordnungen zur Duldung verpflichtet sei (BGB. § 1004 Abs. 2). Urt. vom 11. April 08, V 460/07.

„Die Beklagten stützen ihre Revisionsbeschwerde hauptsächlich darauf, daß der Berufungsrichter auf ihren Beweisantrag, betreffend die bestimmungsgemäße Verwendung des Bahngrabens zur Aufnahme der nachbarlichen Hausabwässer, nicht eingegangen sei und dadurch EisenbahnG. § 14 verletzt habe. Die Rüge ist begründet. Der Berufungsrichter erwähnt jenen Beweisantrag überhaupt nicht, sondern führt aus, der zitierte § 14 habe lediglich den Zweck, die benachbarten Grundbesitzer gegen Gefahren und Nachteile in Benutzung ihrer Grundstücke zu sichern, die ihnen durch die Anlegung einer Eisenbahn drohen, dagegen gewähre die Vorschrift den Grundbesitzern keine Rechte, die letztere nicht besitzen würden, wenn die Eisenbahn nicht angelegt worden wäre. Diese Erwägung wird dem rechtlichen Gesichtspunkt, auf dem der übergangene Beweisantrag beruht, nicht gerecht. Allerdings gehört die Vorschrift des § 14 ausschließlich dem öffentlichen Recht an und daraus folgt, daß nicht bloß die Verfolgung eines Anspruchs auf Errichtung, Abänderung oder Beseitigung der dort bezeichneten Anlagen und Einrichtungen im Rechtswege ausgeschlossen ist (vgl. Gleim, Das Recht der Eisenbahnen in Preußen, 1 S. 296, 267, 313), sondern daß auch ein privates Benutzungsrecht an der bestehenden Anlage durch Klage nicht geltend gemacht werden kann. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich nicht um eine solche klageweise Geltendmachung eines Privatrechts, vielmehr verteidigen sich die Beklagten gegenüber der gegen sie angestellten Eigentumsstörungsklage mit der Behauptung, ein rechtswidriger Eingriff in das klägerische Eigentum liege deshalb nicht vor, weil sie zur Vornahme der Störungshandlung — Ableitung der Hausabwässer in den Bahngraben — nach der dem Bahngraben landespolizeilich gegebenen Bestimmung befugt seien. Diesen Einwand muß sich der Kläger, der die Klage lediglich auf sein Eigentum an dem Bahngraben stützt, gefallen lassen. Denn nach BGB. § 1004 Abs. 2 darf der Eigentümer von demjenigen, der ihn in seinem Rechte stört, die Beseitigung der Beeinträchtigung dann nicht verlangen, wenn er zu deren Duldung verpflichtet ist. Die Vorschrift hat allerdings anscheinend in erster Linie den Fall im Auge, daß der Geltendmachung des Eigentums auf Grund eines entgegenstehenden dinglichen oder persönlichen Privatrechts widersprochen wird. Nach ihrer allgemeinen Fassung ist sie indessen unbedenklich auf die Fälle mitzubeziehen, in denen der Grund für die Eigentumseinschränkung nicht in privaten Rechtsbeziehungen, sondern in landespolizeilichen oder sonstigen, aus Rücksichten des Gemeinwohls oder öffentlichen Interesses getroffenen obrigkeitlichen Anordnungen liegt (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 1905; § 129 Anm. 18 [S. 512]). Danach war gemäß ZPO. § 565, wie geschehen, zu erkennen . . ."

479. Inhalt des für landwirtschaftliche Zwecke eingeräumten Wegerechts. Einrichtungen auf dem belasteten Grundstücke, die das Wegerecht,

wie es bisher tatsächlich ausgeübt wurde, verkürzen (BGB. §§ 1018, 1027). Urt. vom 25. April 08, V 507/07.

„. . . Der Berufungsrichter weist ebenso wie das Landgericht darauf hin, daß das Wegerecht ursprünglich als Fuhrgerechtigkeit eingeräumt worden sei, die nach der ‚unwiderlegten Behauptung der Beklagten‘ dem landwirtschaftlichen Betriebe des herrschenden Grundstücks gedient habe. Für das Schuhmachergewerbe und für die Mieter könne demnach der Weg nicht in Anspruch genommen werden, der landwirtschaftliche Betrieb aber vollziehe sich nicht auf dem herrschenden Grundstücke, sondern auf zerstreut liegenden Ackerparzellen. Unter diesen Umständen genüge für den Verkehr des Klägers ein Schlüssel, brauche er mehrere, so werde sich die Beklagte nicht weigern, ihm die erforderliche Anzahl auf sein Verlangen zur Verfügung zu stellen.

Diese Ausführungen sind indessen nicht frei von Rechtsirrtum. Die Grunddienstbarkeit ist als Fahr- und Wegegerechtigkeit ohne jede Einschränkung im Grundbuch eingetragen und als solche, soweit ersichtlich, auch stets benutzt worden. Daß aus der ursprünglichen Bestellung als ‚Fahrweg‘ etwa der Schluß zu ziehen wäre, der Weg dürfe nur zum ‚Fahren‘ und nicht zum ‚Gehen‘ benutzt werden, nimmt der Berufungsrichter selbst nicht an, es würde dies auch anerkannten Rechtsgrundsätzen (pr. J. de serv. II 3; l. 1 pr. 7 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3; ct. iter . . . in se via continet; vgl. auch Erkenntnis des Obertribunals in StriethorstsArch. 70, 15) widersprechen. Daß daraus allein die Beschränkung auf den ‚landwirtschaftlichen Betrieb‘ folge, nimmt der Berufungsrichter ebenfalls nicht an, da er die ‚unwiderlegt gebliebene Behauptung der Beklagten‘ dazu verwertet. Dabei ist aber verkannt, daß gegenüber der unbeschränkten Eintragung und Ausübung der Servitut die Beklagte die Darlegungs- und Beweispflicht hat (JW. 98, 399 Nr. 48). Sie ist es, die neue Einrichtungen auf dem belasteten Grundstück getroffen hat, die eine Verkürzung des Wegerechts, wie es tatsächlich vor der Absperrung ausgeübt worden ist und im Grundbuch als eingetragen erscheint, zur Folge haben, und ihre Sache ist es daher, wenn sie diese Einrichtungen mit dem beschränkten Umfang des klägerischen Rechts begründen will, diese Einschränkung nachzuweisen. Auf BGB. § 1020, wonach das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen ist, kann sie sich zugunsten der von ihr vorgenommenen Veränderungen nicht berufen. Art. 701 des Code civil (vgl. auch Zachariä-Crome, Handbuch des franz. Zivilrechts, 8. Aufl. 1, 673, § 223 II) verbot solche die Servitut beeinträchtigende Veränderungen (qui tendent à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode) schlechthin, in das BGB. ist eine solche Vorschrift nur deshalb nicht aufgenommen worden, weil sie für selbstverständlich erachtet wurde (Prot. III S. 312 unter b; vgl. auch Planck, BGB. § 1020 III Anm. 1). Auf der andern Seite darf freilich auf dem herrschenden Grundstück ebenfalls keine Veränderung vorgenommen werden, die die Lage des dienenden Grundstücks erschwert (Code civil Art. 702; Zachariä-Crome a. a. O. 1, 672). Aus diesem Grunde ist für das Gebiet des preuß. Landrechts (AllgLR. 1, 22 §§ 71, 8) vom Reichsgericht wiederholt angenommen worden, daß für neue Gewerbebetriebe, Fabriken, Ziegeleien, weil sie als neue ‚Anlagen‘ im Sinne der angeführten Gesetzesvorschriften zu erachten seien, die Servitut nicht in Anspruch genommen werden könne (GruchotsBeitr. 39, 982; 45, 917; JW. 95, 154 Nr. 32; 210 Nr. 44; 98, 624 Nr. 72). Im vorliegenden Fall aber handelt es sich um ein Handwerk, wie es in jedem Dorfe üblich ist und in betreff dessen ebensowenig wie in betreff der Vermietungen festgestellt ist, daß sie erst in neuerer Zeit auf dem Grundstück des Klägers eingeführt worden sind. Deshalb wäre, auch wenn es sich um Neuerungen handeln sollte, in Betracht zu ziehen gewesen, daß eine intensivere Ausnutzung des herrschenden Grundstücks keineswegs unter allen Umständen unzulässig ist (vgl. BGB. § 1025; Code civil Art. 700; Prot. zum BGB. 3, 310; Planck, BGB. 3 Anm. 4, 5 zu BGB. § 1019; Entsch. des RG. in der JW. 98, 399 Nr. 48; 00, 677 Nr. 48).

Wäre aber auch davon auszugehen, daß der Kläger in der Tat das Wege-

recht nur für landwirtschaftliche Zwecke in Anspruch nehmen kann, so verkennt doch der Berufungsrichter das Wesen des landwirtschaftlichen Betriebes, wenn er dabei nur das Hauptgrundstück in der Dorflage und nicht auch die Ackerparzellen im Felde in Betracht zieht. Von der Hofstelle aus wird der Betrieb im Felde geleitet und zwischen Hofstelle und Acker verkehren Wagen, landwirtschaftliche Geräte, Acker- und Nutzvieh, Aufsichts- und Arbeitspersonal. Dieser und der sonstige Verkehr mit dem Grundstück wird unterbunden, wenn der Zugang zur Tageszeit beständig unter Verschluß gehalten wird. Eine solche Absperrung wird in der Regel, auch bei geringem Verkehr, eine wesentliche Beeinträchtigung der Dienstbarkeit enthalten; wesentliche Beeinträchtigungen sind es aber nicht allein, die das Gesetz verbietet, sondern Beeinträchtigungen schlechthin (BGB. § 1027). Nun braucht man, um die Beeinträchtigung schlechtweg zu verneinen, bei geringem Verkehr zugunsten des Klägers nicht soweit zu gehen, wie in dem Urteil in GruchotsBeitr. 48, 952, wo schon die Anbringung von Toren für eine unzulässige Beeinträchtigung des Wegeberechtigten erklärt worden ist; man kann mit dem Urteil des franz. Kassationshofes vom 15. Febr. 70 (Sirey, recueil général des lois et des arrêts, 70, 300; vgl. auch Zachariä-Crome 1, 485, § 166 Anm. 16 und S. 674, § 223 Anm. 19) die Anbringung von Verschließungen (grilles ou barrières) an sich für zulässig erklären, unter der Voraussetzung freilich, daß die Tore während der Verkehrszeit am Tage unverschlossen bleiben, und daß für die Nachtzeit ein Schlüssel gewährt wird (à la condition toutefois de n'occasionner aucune gêne à l'exercice de la servitude, par exemple en les laissant ouvertes en toute saison, pendant toutes les heures du jour et en remettant une clef au propriétaire du fonds dominent).

Erfordert das Interesse der Schwestern, die auf dem dienenden Grundstücke untergebracht sind, einen höheren Grad der Abschließung, so kann dem vielleicht in anderer Weise, z. B. durch Abzäunung des Weges, Rechnung getragen werden. Ist dies untunlich, so hat die Beklagte es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie die Niederlassung auf einem Grundstücke eingerichtet hat, wo die Abschließung nicht möglich ist.

Hiernach war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache gemäß ZPO. § 565 an einen andern Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen. Es bedarf, wenn das Berufungsgericht nach neuer Verhandlung die Anbringung der Tore an sich für zulässig erachtet, noch der Erörterung und Festsetzung der Tagesstunden, während deren sie offen zu halten sind."

480. Kann der Verpfänder, der den Pfandgläubiger nach der Konkurseröffnung befriedigt hat, neben diesem die durch das Pfand gesicherte Forderung zum Konkurs des persönlichen Schuldners anmelden? Welcher Art wäre sein etwaiger Anspruch? (BGB. §§ 1225, 774 Satz 2; KO. §§ 61, 67). Urt. vom 3. April 08, II 604/07.

Die Klägerin klagt als Erbin ihres Mannes.

Aus den Gründen:

„. . . Die P. Bank ist und war zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens Gläubigerin des Gemeinschuldners, sie hat die ganze ihr damals angeblich zustehende Forderung zur Anmeldung gebracht und war hierzu berechtigt, da ihre teilweise Befriedigung aus den von dem Ehemann der Klägerin ihr zum Pfand gegebenen Papieren erst einige Tage nach der Konkurseröffnung stattfand. Daß neben dieser Forderung nicht noch die Klägerin selbständig für sich den aus den verpfändeten Papieren erzielten, an die P. Bank gelangten Erlös von 18193,30 ℳ in dem Konkursverfahren mit dem Antrage auf Feststellung geltend machen kann, ist unzweifelhaft, da andernfalls die Forderung von 18193,30 ℳ zweimal aus der Konkursmasse Deckung erlangen würde. Der Klagantrag würde nur dann rechtlich haltbar sein, wenn damit zugleich die Forderung der P. Bank sich um diesen Betrag ermäßigte. Vergebens beruft sich hierfür die Klägerin auf BGB. § 1225; denn wenn auch zufolge dieser

Vorschrift die Forderung der P. Bank, soweit sie aus dem Erlöse der Pfandstücke befriedigt worden ist, auf den Ehemann der Klägerin übergegangen ist, so kann doch der Übergang nicht zum Nachteile der Bank geltend gemacht werden (BGB. §§ 1225 Satz 2, 774 Satz 2), ungeachtet desselben konnte die Bank die Anmeldung ihrer ganzen Forderung ohne Verminderung um den Erlös aus den ihr verpfändeten Papieren aufrecht erhalten. Von einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten, nämlich der P. Bank, kann keine Rede sein; in dieser Beziehung hat das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben, es handle sich um ein eigenes Recht des Beklagten in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter, wenn er beanspruche, daß die Klägerin der Konkursmasse gegenüber keine Forderung geltend mache, zu deren Übergange von der ursprünglichen Gläubigerin auf sie es an einer gesetzlichen Voraussetzung fehle.

Richtig ist, daß die P. Bank schließlich nicht mehr erhalten kann, als ihre Forderung beträgt und daß, wenn die auf ihre ganze Forderung entfallende Konkursdividende zusammen mit den erhaltenen 18193,30 ℳ mehr als ihre Forderung ausmachen sollte, die zur Anmeldung gebrachte Forderung der Klägerin nur als eine Forderung unter aufschiebender Bedingung, nämlich bezüglich des Mehr, wenn sich ein solches ergeben werde, würde geltend gemacht werden können. Von diesem Gesichtspunkte aus wäre die Klägerin berechtigt gewesen, Sicherung zu verlangen (KO. § 67), nicht aber Feststellung ihrer Forderung im Konkurse, ein Antrag auf Sicherung ist jedoch nicht gestellt ..."

481. Kommt es für den Anspruch aus BGB. § 1300 auf den Beweggrund für die Verlobte an? (BGB. § 1300). Urt. vom 2. April 08, IV 461/07.

„... Richtig ist zwar, daß, wie in der Denkschrift S. 679 hervorgehoben ist, die Bestimmung des § 1300 ihre sachliche Begründung in der Lage der Braut findet, die sich nur im Vertrauen auf die nachfolgende Eheschließung dem Verlobten hingegeben hat. Allein aus dieser Begründung des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, daß der Richter, wenn nachgewiesen ist, daß eine Verlobte dem Verlobten sich hingegeben hat, in eine Untersuchung der Beweggründe zu diesem Verhalten sich einzulassen hätte. Die Annahme, daß, wenn eine unbescholtene Braut dem Bräutigam die Beiwohnung gestattet, sie dies in Erwartung der Eheschließung tut, erscheint so selbstverständlich, daß die Gewährung einer billigen Entschädigung, wie die Fassung der Gesetzesvorschrift ergibt, in dem objektiven Vorgang ihre Rechtfertigung findet. In einem Urteile vom 17. Mai 1906 (VI 3/06) hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß der Anspruch aus BGB. § 1300 lediglich die objektive Tatsache zur Voraussetzung hat, daß die unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattete, ferner, daß es — zum Grunde des Anspruchs — nicht auf die Feststellung ankommt, ob eine Verlobte sich im Hinblick auf die von ihr erwartete Eheschließung oder lediglich in Fortsetzung des bisherigen Geschlechtsverkehrs dem Verlobten hingegeben habe. Es besteht kein Grund, von dieser Auffassung abzugehen ..."

482. Mißbrauch des ehemännlichen Rechts, die Wohnung zu bestimmen (BGB. § 1354 Abs. 2). Urt. vom 23. April 08, IV 437/07.

„Die Abweisung der Scheidungsklage ist rechtlich nicht zu beanstanden. Ob die Klägerin, wie der Beklagte unter Eideszuschiebung behauptet hat, ihm vor der Eheschließung versprochen hatte, ihre Grundstückshälfte auf ihn umschreiben zu lassen, ist unaufgeklärt geblieben. War ein solches Versprechen nicht gegeben, so war das Verlangen des Beklagten, seine Frau solle ihre Grundstückshälfte auf ihn umschreiben lassen, völlig ungerechtfertigt und es hat der Beklagte die durch die Ehe begründeten Pflichten verletzt, wenn er aus dem Grunde, weil seine Frau seinem ungerechtfertigten Verlangen nicht nachgab, sie verließ und zu seinem Bruder zog, trotzdem er ihr versprochen hatte, er würde mit ihr auf ihrem Grundstück wohnen bleiben. Der Revision

ist zuzugeben, daß der Berufungsrichter die Beweggründe, die den Beklagten leiteten, hätte in Berücksichtigung ziehen sollen und nicht das Hauptgewicht darauf legen durfte, ob der Beklagte vertragsmäßig verpflichtet war, die Wohnung auf dem Grundstück seiner Frau beizubehalten. Auch bei Ausübung seines Rechtes, den Wohnort und die Wohnung zu bestimmen, kann der Ehemann die durch die Ehe begründeten Pflichten verletzen. Immerhin ist das Verhalten des Beklagten, auch wenn die Darstellung der Klägerin zugrunde gelegt wird, nicht derartig, daß es als schwere Eheverfehlung i. S. von BGB. § 1568 erscheinen könnte. Die Aufhebung der Entscheidung zur Scheidungsklage ist daher nicht geboten.

Dagegen ist die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Widerklage nicht zu billigen. Zwar geht das Berufungsgericht mit Recht davon aus, daß das auf dem Wesen der Ehe und der natürlichen Stellung des Mannes in der Ehe beruhende Recht, Wohnort und Wohnung zu bestimmen, nicht durch Vereinbarung der Ehegatten ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (vgl. Mot. IV S. 106, Urt. des RG. vom 15. Okt. 00, JW. 00, 778), allein damit erledigt sich nicht auch die Prüfung, ob nicht ein Mißbrauch des Rechtes des Mannes vorliegt. Wenn der Beklagte, wie die Klägerin geltend macht, nur aus Laune oder gar Schikane halber die seiner Frau gehörige Wohnung verlassen hat und berechtigte Interessen der Frau geschädigt würden, falls sie außerhalb ihres Grundstücks Wohnung nehmen müßte, so kann wohl BGB. § 1354 Abs. 2 mit § 1353 Abs. 2 Satz 1 zur Anwendung gebracht werden. Eine Prüfung in dieser Richtung hat der Berufungsrichter nicht vorgenommen. Dieser Prüfung bedarf es nicht mehr, da auch nach den Feststellungen des Berufungsrichters die Abweisung der Widerklage geboten ist.

Der Berufungsrichter hat angenommen, die Wohnung, in welche die Klägerin nach dem Erkenntnisse des Landgerichts ihrem Manne folgen sollte, sei keine geeignete Familienwohnung. Daraus ergab sich die Abweisung der Widerklage, aber nicht die Zurückweisung der Berufung. Zur Widerklage hatte der Streit der Parteien sich um die Frage gedreht, ob die Klägerin ihrem Mann in das Haus seines Bruders zu folgen habe. Schon in erster Instanz hatte der Beklagte gegenüber dem Einwand, er habe keine zur ehelichen Gemeinschaft geeignete Wohnung, geltend gemacht, er habe in dem Hause seines Bruders eine Wohnung inne, wie sie für eine Familie ausreiche. Auch in der Berufungsinstanz sind die Parteien bei ihren Aufstellungen geblieben. Weder in der ersten noch in der zweiten Instanz hat der Beklagte sich bereit erklärt, eine andere Wohnung zu beschaffen, sofern die Wohnung im Hause seines Bruders nicht genügend erscheine. Die Entsch. des RG. vom 2. Mai 01 (JW. 01, 385), auf die der Berufungsrichter hingewiesen hat, rechtfertigt nicht die Auffassung, daß es zur Verurteilung der Ehefrau genüge, wenn der Mann imstande sei, eine Familienwohnung zu beschaffen und daß es nicht darauf ankomme, ob er auch den Willen habe, eine geeignete Wohnung bereitzustellen. Dagegen trifft zu, wenn es in der Entsch. des RG. vom 5. Jan. 03 (IV 282/02) heißt: ‚Es genügt regelmäßig, daß der Ehemann objektiv rechtzeitig eine geeignete Wohnung zu beschaffen vermag und daß er subjektiv den Willen hat, dies zu tun' (vgl. auch die Entsch. vom 13. Febr. 05, IV 531/04). Einer Verurteilung der Ehefrau nach dem Antrage der Widerklage standen um so mehr Bedenken entgegen, als das Berufungsgericht selbst ausgeführt hat, der Beklagte müsse bei der Auswahl seiner künftigen Familienwohnung auf die ihm bei Eingehung der Ehe wohlbekannten Verhältnisse und Lebensinteressen seiner Frau Rücksicht nehmen und dürfe nur, wenn wichtige und berechtigte Gründe vorlägen, eine Familienwohnung auswählen, die in größerer Entfernung von dem Grundbesitz und dem Geschäft seiner Frau liege.

Die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft in der Art, wie sie nach der Ansicht des Berufungsgerichts zu erfolgen hat, war von dem Ehemanne nicht begehrt. Der Beklagte hat von der Klägerin verlangt, daß sie ihm in die Wohnung folge, die er seit dem Jahre 1903 in dem Hause seines Bruders inne-

hat. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts ist der Klägerin nicht zuzumuten, in diese Wohnung zu ziehen. Indem der Berufungsrichter trotzdem die Berufung der Klägerin zur Widerklage zurückwies, hat er BGB. § 1353 verletzt.

Hiernach ist die Revision der Klägerin zur Scheidungsklage zurückzuweisen. Zur Widerklage ist das Berufungsurteil aufzuheben, auch ist, da nach dem festgestellten Sachverhältnis die Sache zur Endentscheidung reif ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils ist die Widerklage abzuweisen . . ."

483. Widerruf der Zustimmung zum Ehebruch durch die Klage auf Ehescheidung wegen Ehebruchs (BGB. § 1565 Abs. 2). Urt. vom 13. April 08, IV 386/07.

„Unbegründet sind die von der Revision des Beklagten in Ansehung der Zurücknahme der vorgedachten Zustimmung erhobenen Angriffe. Die vom Beklagten vertretene Auffassung, daß eine rechtswirksame Zurücknahme einer einmal gemäß BGB. § 1565 Abs. 2 erklärten Zustimmung zum Ehebruch an die Voraussetzung geknüpft sei, daß der widerrufende Ehegatte sich seinerseits zur Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft bereit erkläre und zur Herstellung oder Kräftigung dieser Gemeinschaft die Wegräumung eines ehebrecherischen Verhältnisses wünsche, läßt sich weder aus der Vorschrift des BGB. § 1565 noch aus der Entstehungsgeschichte begründen. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß ein Ehegatte, der eine für die Zukunft berechnete Zustimmung zu Ehebrüchen des anderen Gatten erklärt hat, jederzeit zum Widerruf berechtigt ist und daß ein in unzweideutiger Weise dem anderen Gatten kundgegebener Widerruf für die Folgezeit ohne weiteres wirksam wird (JW. 01, 868; 04, 63 Nr. 23).

Einen solchen Widerruf konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum in dem Inhalt der dem Beklagten am 3. November 1905 zugestellten Klage erblicken. Denn wenn die Klägerin dort Scheidung der Ehe wegen früheren Ehebruchs des Beklagten mit der ledigen D. S. begehrte, so brachte sie in ernstlicher und unzweideutiger Weise ihrem Ehemanne gegenüber zum Ausdruck, daß die Fortsetzung eines ehebrecherischen Verhältnisses ihre eheliche Gesinnung in einer ihr die Ehe unerträglich machenden Weise berühre . . ."

484. Schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten. Verwertung von Tatsachen zur Unterstützung einer Scheidungsklage (BGB. §§ 1568, 1573). Urt. vom 15. April 08, IV 430/07.

„Die Revision hat sowohl die Entscheidung auf die Klage, als die auf die Widerklage ergangene Entscheidung angefochten.

Was zunächst die Widerklage betrifft, so würden die von der Revision erhobenen Angriffe zu einer Aufhebung des Berufungsurteils nicht genötigt haben. Das Oberlandesgericht ist abweichend von dem ersten Richter dazu gelangt, die Ehe auf die Widerklage zu scheiden, weil das nach der Aussöhnung vom 14. Febr. 1904 getätigte Verhalten der Klägerin, die darauf ausgegangen sei, den Beklagten in B. in Mißachtung zu bringen und ihn in seiner Stellung unmöglich zu machen, als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten aufzufassen sei und in Verbindung mit den kränkenden Äußerungen aus früherer Zeit die völlige Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses bewirkt habe. Als schwere Pflichtverletzung kommen nach Ansicht des Oberlandesgerichts wesentlich die von der Klägerin in offenen Läden gegenüber der Verkäuferin M. und gegenüber der Geschäftsbesitzerin S. gemachten abfälligen Äußerungen über den Beklagten und dessen Angehörige in Betracht, welche Äußerungen auf Grund der Aussagen der Zeugen M. und S. in Verbindung mit den Bekundungen der Zeugen W. und B. in prozessual genügender Weise festgestellt sind. Besonders belastend ist für die Klägerin, daß sie bei den Unterredungen

mit der Zeugin M. auch geäußert hat, sie werde veranlassen, daß ihr Mann seiner Offiziersstellung verlustig gehe. Nicht richtig ist es, wenn die Revision meint, daß Klägerin das Recht gehabt habe, den von ihr in dem Ehescheidungsprozesse eingenommenen Standpunkt jedem beliebigen Dritten gegenüber zu vertreten. Solange die Scheidung der Ehe nicht rechtskräftig geworden ist, ist der Ehegatte nicht davon befreit, auf die Ehre des anderen Ehegatten gebührende Rücksicht zu nehmen. Dies hat die Klägerin nach der Feststellung des Berufungsrichters nicht getan, sie hat sogar nach dieser Feststellung bei ihren Äußerungen geradezu den Zweck verfolgt, den Beklagten in B. unmöglich zu machen. Der Berufungsrichter hat auch die Prüfung nicht unterlassen, ob nicht die Verfehlungen der Klägerin durch liebloses Verhalten des Beklagten und seiner Angehörigen soweit entschuldigt werden, daß sie nicht mehr als schwere erscheinen, und hierbei ist auch berücksichtigt, was die Revision zu Unrecht im Berufungsurteile vermißt, daß die Mutter des Beklagten einmal in der Zeit vor der Trennung der Parteien der Klägerin, die als aus feiner Familie herrührend sich rühmte, das Wort „Hochstaplerin" zugerufen hat. Das Oberlandesgericht kommt nach sorgfältiger Erwägung aller in Betracht kommenden Umstände zu der Beurteilung, daß in dem Verhalten der Klägerin, sowohl was die objektiven als die subjektiven Momente betrifft, eine schwere Eheverfehlung zu erblicken sei. Besonderes Gewicht wird hierbei zutreffend darauf gelegt, daß die Klägerin, nachdem die Versöhnung am 14. Febr. 1904 zustande gekommen war, keinen Grund mehr hatte, über ihren Mann sich abfällig zu äußern und es ihre Pflicht gewesen wäre, von ihren Eltern, die sie auf kurze Zeit besuchen wollte, zu dem Beklagten zurückzukehren. Nicht zu beanstanden ist endlich die Annahme des Berufungsgerichts, daß durch die Pflichtverletzungen der Klägerin das eheliche Verhältnis zerrüttet ist, daß durch ihre beständigen Bemühungen, den Beklagten verächtlich zu machen, dessen eheliche Gesinnung nach seiner Empfindungsweise — wobei auf die in dem Stande des Beklagten herrschenden Anschauungen hingewiesen werden durfte — zerstört werden mußte und die Fortsetzung der Ehe dem Beklagten auch bei Anwendung des dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden objektiven Maßstabs nicht zuzumuten ist. Daß die Klägerin der ehezerrüttenden Wirkung der von ihr begangenen schweren Verfehlungen sich bewußt gewesen sei, ist nicht zu verlangen.

Dagegen konnte den Revisionsangriffen, welche die Entscheidung auf die Klage betreffen, der Erfolg nicht versagt werden. Der Berufungsrichter nimmt an, daß die einzelnen dem Beklagten vorgeworfenen Verfehlungen aus der Zeit nach der Versöhnung der Parteien als eine schwere Pflichtverletzung sich nicht darstellen, daß das Vorhandensein einer schweren Pflichtverletzung auch hinsichtlich des an die Mutter der Klägerin gesandten Schreibens vom 6. Mai 1904, dessen Inhalt für diese in hohem Maße kränkend ist, zu verneinen sei. Diese Beurteilung erscheint, wie der Revision zuzugeben ist, nicht frei von Rechtsirrtum. Bezüglich des Schreibens vom 6. Mai 1904 wird erwogen, daß dasselbe sich nicht gegen die Klägerin, sondern ausschließlich gegen deren Mutter richte und daß daher mindestens keine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darin gefunden werden könne. Ob die Annahme, daß der Brief nach dem Willen des Beklagten nicht gegen die Klägerin gerichtet sein sollte, gerechtfertigt ist — wogegen sich anführen läßt, daß der Beklagte in dem Briefe erklärt, denselben den Ehescheidungsakten beifügen zu wollen und daß Klägerin mit Vorwissen des Beklagten bei ihrer Mutter sich aufhielt —, entzieht sich, soweit eine tatsächliche Feststellung in ihr enthalten ist, der Nachprüfung in der Revisionsinstanz. In rechtlicher Beziehung ist aber verkannt, daß durch die Beleidigung der Mutter der Klägerin mittelbar, ohne daß es hierfür auf die Willensrichtung des Beklagten ankommt, auch die Klägerin getroffen wird. Die Beleidigung der Mutter der Klägerin, die keineswegs ein bloßer Notwehrakt war, kann daher sehr wohl eine schwere Verfehlung gegen die Klägerin selbst bilden. Bei dieser Würdigung der Ver-

fehlung muß ebenso, wie es bei der Würdigung der Verfehlungen der Klägerin geschehen ist, das frühere Verhalten des Beklagten vor der Versöhnung am 14. Febr. 1904 und die hieraus sich ergebende Gesinnung desselben mit in Betracht gezogen werden. In dem Berufungsurteil wird zwar in dieser Hinsicht gesagt, daß auch ‚unter Anwendung des BGB. § 1573', also bei unterstützender Heranziehung der früheren Verfehlungen ein Scheidungsgrund nicht vorliege. Dieser Gesichtspunkt wird indes in den späteren Ausführungen, namentlich bezüglich des Briefes vom 6. Mai 1904, nicht durchgeführt. Mit Recht beschwert sich daher die Revision darüber, daß die Verfehlungen des Beklagten und der Klägerin nicht mit gleichem Maße gemessen sind. Eine Würdigung der früheren Verfehlungen des Beklagten ist nun allerdings an einer andern Stelle des Berufungsurteils, bei Prüfung des in zweiter Linie von der Klägerin gestellten Antrages auf Mitschuldigerklärung — für welchen Antrag gemäß § 1573 Abs. 3 die Verfehlungen des Beklagten vor der Aussöhnung ebenfalls mit in Betracht kommen — insofern vorgenommen, als hier ausgeführt ist, daß diese Verfehlungen, insbesondere die der Klägerin zugefügten Mißhandlungen von ihr nicht als ehezerrüttend empfunden seien. Diese Ausführung, die in mehrfacher Beziehung von Rechtsirrtum beeinflußt ist, vermag indes das Berufungsurteil nicht zu tragen. Es ist rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht einen Beweis dafür, daß die früheren Verfehlungen des Beklagten der Klägerin die Fortsetzung der Ehe nicht unerträglich gemacht hätten, darin erblicken will, daß die Klägerin im zweiten Rechtszuge ursprünglich den Antrag auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft gestellt hat. Ebensowenig kann als Beweis hierfür der Umstand verwertet werden, daß es nicht lange Zeit nach der Mißhandlung am 13. Febr. 1904 zur Aussöhnung zwischen den Parteien gekommen ist und daß Klägerin noch nach Erlaß des ersten Urteils Schritte getan hat, um eine Aussöhnung mit dem Beklagten anzubahnen. Die Verzeihung oder Bereiterklärung zur Verzeihung hat an sich mit der Frage, ob eine Ehezerrüttung früher eingetreten war, grundsätzlich nichts zu tun. Trotz eingetretener Ehezerrüttung kann später Verzeihung erfolgen. Es ist daher vom Rechtsstandpunkte aus (wobei die abschließende tatsächliche Beurteilung dem Richter der Tatfrage überlassen bleiben muß) nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin die durch den Brief vom 6. Mai 1904 ihr widerfahrene Kränkung (allein oder in Verbindung mit den früheren Verfehlungen des Beklagten) in gleicher Weise als ehezerrüttend empfunden hat, wie der Berufungsrichter dies bezüglich des Beklagten wegen der ihm von der Klägerin widerfahrenen Kränkungen angenommen hat.

Das Berufungsurteil unterlag daher wegen der rechtsirrtümlichen Beurteilung der Klage der Aufhebung und es mußte die Sache, da die für die Entscheidung noch erforderlichen tatsächlichen Feststellungen in der Revisionsinstanz nicht getroffen werden können, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden . . ."

485. Ist in dem der Scheidungsklage beigefügten Eventualantrag auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft eine dem BGB. § 1571 Abs. 2 Satz 2 genügende Aufforderung zu erblicken? (BGB. § 1571 Abs. 2 Satz 2). Urt. vom 7. Mai 08, IV 497/07.

„. . . Die Revision rügt Verletzung des BGB. §§ 1571, 1572. Sie meint, daß die für die Widerklage selbständig zu berechnende Frist von sechs Monaten zur Zeit der Erhebung der Widerklage deshalb längst abgelaufen gewesen sei, weil in dem auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gerichteten Eventualantrage der bereits im Januar 1905 erhobenen Klage des Ehemanns die die Frist in Lauf setzende Aufforderung des BGB. § 1571 Abs. 2 Satz 2 enthalten gewesen sei.

Die Angriffe konnten keinen Erfolg haben. Allerdings kann sich die eine Widerklage auf Scheidung erhebende Partei nicht darauf berufen, daß die von ihr hinsichtlich ihrer Widerklage zu wahrende Frist zur Zeit der Erhebung

der Scheidungsklage des Klägers noch nicht abgelaufen gewesen sei (RGZ. 57, 192).

Das Berufungsgericht hat sich hierauf zur Darlegung der rechtzeitigen Erhebung der Widerklage nicht bezogen, somit auch nicht gegen BGB. § 1572 verstoßen. Dagegen ist das Berufungsgericht, das auf die seit dem 16. Sept. 1904 bestehende Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Parteien hinwies, davon ausgegangen, daß in dem vorliegenden Falle die Voraussetzungen des BGB. § 1571 Abs. 2 Satz 2 nicht gegeben seien. Diese Annahme ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach dem der bezeichneten Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken sollte bei wirklichem oder vermeintlichem Vorliegen eines Scheidungsgrundes dem gekränkten Ehegatten die Möglichkeit gewährt werden, sich tatsächlich von dem anderen Ehegatten zu trennen, ohne hierdurch sein Scheidungsrecht zu verlieren. Andererseits sollte aber auch dem verlassenen Ehegatten, dem der durch die tatsächliche Trennung geschaffene Zustand unerträglich erschien, die Möglichkeit gewährt werden, eine endgültige Entscheidung herbeizuführen. Zu diesem Zwecke gestattet das Gesetz dem verlassenen Ehegatten, den anderen Ehegatten aufzufordern, entweder die häusliche Gemeinschaft wieder herzustellen oder die Scheidungsklage zu erheben, und zwar mit der Wirkung, daß die zu wahrende Klagfrist von dem Empfange der Aufforderung an läuft. An die Beobachtung einer besonderen Form ist die Aufforderung nicht gebunden, sie muß aber dem Wortlaut und Zweck der gesetzlichen Vorschrift entsprechend nach ihrem Inhalt und ihrer sonstigen Beschaffenheit unzweideutig erkennen lassen, daß der aufgeforderte Ehegatte nunmehr vor die Wahl gestellt wird, zurückzukehren oder Scheidungsklage zu erheben. Die Frage, ob eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Kundgebung unter Umständen in der Erhebung der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft gefunden werden kann, mag dahingestellt bleiben (vgl. einerseits Planck, BGB. § 1571 Nr. 2c, andererseits Staudinger § 1571 Nr. 3d und die dort angeführten Schriftsteller). Keinenfalls kann die Erhebung einer Scheidungsklage, mit der nur eventuell die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, wie in dem vorliegenden Falle, verbunden ist, den gesetzlichen Anforderungen des BGB. § 1571 Abs. 2 Satz 2 genügen. In einem solchen Falle gibt der klagende Ehegatte dem anderen Gatten kund, es komme ihm hauptsächlich und in erster Linie darauf an, eine Scheidung der Ehe wegen der dem anderen Ehegatten zugeschriebenen Verfehlungen zu erreichen, nur für den Fall, daß die behaupteten Scheidungsgründe keine Anerkennung seitens des Gerichts finden sollten, begehrt er Herstellung der häuslichen Gemeinschaft. Der in dieser Weise vorgehende Ehegatte gibt dem anderen Gatten nicht zu erkennen, daß er ihn vor die Wahl stelle, zurückzukehren oder seinerseits innerhalb der sechsmonatigen Frist Scheidungsklage zu erheben . . ."

486. Haftung des Vormundschaftsrichters (BGB. §§ 1674, 1642, 1653). Urt. vom 14. April 08, III 474/07.

„Ohne Rechtsirrtum geht das Berufungsgericht davon aus, daß vorliegend eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aus BGB. §§ 1642, 1653 in Frage kommt. Der Umstand, daß eine Errichtung einer Hypothek zur Sicherheit der fraglichen 4000 ℳ beabsichtigt war, ändert daran nichts. Denn zunächst sollte das Geld verausgabt werden und erst nachher eine zweite Hypothek von 15000 ℳ errichtet werden auf Grundstücken, welche als solche nur einen Wert von 10000 ℳ hatten und erst durch die Bebauung einen solchen Wert erlangen sollten, daß von mündelsicherer Anlegung (BGB. § 1807 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2; PrAGBGB. Art. 73) die Rede sein konnte. Es ist also nicht richtig, daß es sich lediglich um eine Überwachung der Hypothekerrichtung nach Erlaß der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung handelte, sondern es kam die beabsichtigte Bauausführung in Betracht, welche Spekulationsbauten des mittellosen Vaters des Klägers betraf und betreffs deren es ganz unsicher war, ob sie wie geplant einschließlich der versprochenen Hypothekerrichtung

durchgeführt werden konnte. Wenn das Berufungsgericht die trotzdem erteilte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts lediglich durch mangelnde Nachforschung des Beklagten hinsichtlich der tatsächlichen Verhältnisse erklärt und hierin eine Fahrlässigkeit i. S. des BGB. §§ 1674, 839, 276 findet, so ist dies nicht rechtsirrtümlich. — Hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Fahrlässigkeit und Schaden (BGB. § 249 Satz 1) ist es gleichgültig, daß seit 1900 eine Außerkurssetzung von Sparkassenbüchern rechtlich nicht möglich ist (EGBGB. Art. 99; BGB. § 808) und ob der Vater des Klägers die Aufhebung der trotzdem erfolgten Außerkurssetzung unter Belassung des Geldes auf der Sparkasse hätte verlangen können. Denn ein solcher Antrag war nicht gestellt und es kam wie erwähnt eine Verwendung des Geldes mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung i. S. des BGB. §§ 1642, 1653 in Frage. Es liegt auch kein Widerspruch darin, daß das Berufungsgericht annimmt, der Vater des Klägers werde nach etwa erfolgter Aufhebung der Außerkurssetzung des Sparkassenbuchs dessen Einlage nicht rechtswidrig abgehoben haben und es habe die Befürchtung bestanden, der Vater werde die zugesicherte Art der Hypothekeintragung (an zweiter Stelle nach 15000 ℳ statt wie geschehen in nicht mündelsicherer Weise an siebenter Stelle nach 37000 ℳ, wodurch der Verlust der 4000 ℳ herbeigeführt worden ist) nicht ausführen können. Denn in letzterer Beziehung kam es wesentlich darauf an, wie die Bauausführung sich gestaltete: ein Umstand, der nicht lediglich vom Willen des Vaters abhing. — Es kann sich daher lediglich um Anwendung des BGB. § 254 handeln, und zwar in der Richtung, ob der eingetretene Schaden beiden Teilen wie geschehen je zur Hälfte aufzuerlegen ist oder ob Kläger allein für denselben aufzukommen hat, wie die Revision meint. Das Berufungsgericht sieht ein mitwirkendes Verschulden des Klägers darin, daß dieser den Antrag seines Vaters auf Abhebung des Sparkassengeldes zur Verwendung für Spekulationsbauten bei dem Vormundschaftsgericht unterstützt hat, ohne gleichzeitig die ihm bekannte unsichere Sachlage mitzuteilen. Da Kläger ein Rechtsmittel gegen das Berufungsurteil nicht eingelegt hat, steht rechtskräftig fest, daß Kläger die Hälfte des ihm entstandenen Schadens tragen muß. Weiter zu gehen liegt jedenfalls kein Grund vor. Denn die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts ist bestimmt, den Minderjährigen gegen die Nachteile, die ihm aus der Unerfahrenheit der Jugend drohen, zu schützen, und zwar bis zum Eintritt der Volljährigkeit. Daß also Kläger zur kritischen Zeit bereits 20 Jahre alt war, ist an sich einerlei. Aus jener Unerfahrenheit ist es aber auch erklärlich, daß Kläger, der eben die Ausführung der geplanten Bauten und die beabsichtigte Errichtung der Hypothek für möglich hielt, dem Vormundschaftsgericht keinen Aufschluß über die Einzelheiten gab, wenn er nicht hierüber speziell befragt wurde. — Da auch von einer Genehmigung der an schlechterer Stelle eingetragenen Hypothek durch Kläger in dem Sinne, daß er auf Eintragung einer Hypothek an zweiter Stelle verzichtete, nicht die Rede sein kann, war wie geschehen zu erkennen . . ."

487. **Klage auf Feststellung des Pflichtteilsrechts nur gegen einzelne Erben bei ungeteiltem Nachlaß** (BGB. §§ 1967 Abs. 2, 2058). Urt. vom 30. April 08, IV 588/07.

„. . . Der von der Widerklägerin verfolgte Pflichtteilsanspruch zählt nach BGB. § 1967 Abs. 2 zu den Nachlaßverbindlichkeiten. Für diese haften freilich gemäß BGB. § 2058 alle Erben als Gesamtschuldner. Diese Vorschrift besagt indes keineswegs, daß wegen Feststellung des Pflichtteilrechts alle Erben nur gemeinschaftlich in einem Prozesse belangt werden können. Ein solcher Rechtssatz läßt sich auch nicht aus der Natur der Erbengemeinschaft bei ungeteiltem Nachlasse herleiten. Eine dahingehende Annahme wäre gerechtfertigt, wenn das Ergebnis des Prozesses einer Verfügung über die Nachlaßgegenstände gleichkäme. Diese könnte in der Tat nur von allen Erben gemeinschaftlich ausgeübt werden. Die gegen einzelne Erben ergangene Ent-

scheidung präjudiziert aber nicht den übrigen Erben. Sie schafft nur relative Rechtswirkung zwischen den Prozeßparteien. Glaubt der Nachlaßgläubiger in Rücksicht auf die konkrete Sachlage und ohne Beeinträchtigung der Interessen der übrigen Erben sich vorerst mit diesem Erfolg begnügen zu können, so bleibt es ihm unbenommen, die Feststellung seiner Nachlaßforderung im getrennten Prozesse gegen einzelne widerstreitende Erben zu verfolgen ..."

488. Erfordernis der Ortsangabe beim eigenhändigen Testamente (BGB. § 2231 Nr. 2). Urt. vom 2. April 08, IV 418/07.

„Der Berufungsrichter geht davon aus, daß die in § 2231 Nr. 2 für das eigenhändige Testament vorgeschriebene handschriftliche Beurkundung nicht allein die sachliche Erklärung des Erblassers, sondern auch die Angabe des Ortes und Tages der Errichtung zu umfassen habe. Mit Unrecht wird die Richtigkeit dieses Rechtssatzes von der Revision in Zweifel gezogen. Muß die Erklärung ‚unter Angabe des Ortes und Tages' von dem Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden, so bedeutet dies bei ungezwungener Gesetzesauslegung nicht eine formfreie Datierung neben einer gleichzeitigen Steigerung der an die Erklärung selbst gestellten Schriftlichkeitsanforderungen (vgl. BGB. § 126 Abs. 1), so daß es nur auf einen zeitlichen und höchstens noch auf einen räumlichen Zusammenhang zwischen der Orts- und Tagesangabe und der Erklärung ankäme. Es ist damit vielmehr die von dem Erblasser in eigner Person vorzunehmende handschriftliche Beurkundung einheitlich für die ganze Urkunde und so auch für das Datum als einem ihrer wesentlichen Bestandteile vorgeschrieben. Nur das Unterschriftserfordernis des BGB. § 2231 Nr. 2 ist, wie in der Rechtsprechung bereits feststeht, auf die sachliche Erklärung des Erblassers beschränkt, so daß die Angabe des Ortes und Tages auch ununterschrieben der Erklärung räumlich nachfolgen darf (RGZ. 52, 277 ff.). Die Formanforderungen an das Datum noch weiter herabzusetzen, verbietet die Rücksicht auf die Rechtssicherheit. Denn entweder gilt das Gebot der eigenhändigen Niederschrift auch für die Angabe des Ortes und Tages, oder es gilt für sie überhaupt nicht. Im letzteren Falle wären ungeschriebene Datierungen aller Art, also nicht nur solche, die unter Benutzung eines Vordrucks hergestellt sind, sondern auch Vermerke durch Stempelaufdruck oder in Maschinenschrift für hinreichend zu erachten und sogar bei handschriftlichen Vermerken von fremder Hand käme es auf die Frage an, ob der Erblasser sie als Teil der Urkunde in diese hineinnehmen wollte oder ob sie ohne seinen Willen mißbräuchlich hinzugesetzt sind. Es erscheint ausgeschlossen, daß es in der Absicht der Gesetzgebung gelegen haben könnte, die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit des eigenhändigen Testaments von dem Ergebnis derartiger Untersuchungen abhängig zu machen. Zugegeben kann dabei werden, daß die Ausdehnung des Gebots der Eigenhändigkeit auf das Datum des Privattestaments im Code civil Art. 970 sowie im Bad. Landrecht Satz 970 einen bestimmteren Ausdruck gefunden hat als im BGB. § 2231 Nr. 2. Aus der Abweichung der Gesetzesfassung läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, daß die an das eigenhändige Testament zu stellenden Formanforderungen im Vergleich zu denen des französischen Rechts herabgesetzt werden sollten. Ein derartiges Bestreben ist bei der Entstehung des BGB. niemals hervorgetreten. Schon der I. Entwurf zum BGB. hat das eigenhändige Testament als außerordentliche Testamentsform unter bestimmten Voraussetzungen zulassen wollen (§§ 1931, 1927 Abs. 1 Nr. 2), und in erweitertem Maße, nämlich für Verordnungen von bestimmtem Inhalt, sollte das eigenhändige Testament nach den Bestimmungen des Entwurfs der zweiten Lesung allgemein zugelassen werden (vgl. II. Entwurf §§ 2117 Abs. 2, 2114 Abs. 1 Nr. 2, 2119, 2120). Die Fassung der Bestimmungen war in beiden Entwürfen mit Bezug auf die Formanforderungen im wesentlichen überall die gleiche wie im BGB. § 2231 Nr. 2. Zum Muster aber hat nach den Bemerkungen der Motive 5, 288 ff. u. a. auch das preuß. G. vom 3. April 23 (GS. 40) gedient, dessen § 2 über das Erfordernis

der eigenhändigen Niederschrift des Datums gleichfalls keinen Zweifel läßt. Es kann daher nur bei dem verblieben werden, was bereits in dem Urteile des Senats vom 7. April 02 (RGZ. 51, 169) ausgeführt worden ist, daß die Fassung des BGB. § 2231 Nr. 2 nicht darauf abzielt, an das eigenhändige Testament geringere Formanforderungen zu stellen, wie sie im Code civil Art. 970 gestellt sind, sondern darauf in gewisser Beziehung die Formsicherheit sogar noch zu verstärken.

Hieraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, insoweit als das Testament vom 14. Juli 1900 unmittelbar mit einem Datum versehen ist, daß zwar die Angabe des Tages der Errichtung, wenn man die von dem Erblasser geschriebenen Worte und Ziffern allein gelten läßt, für genügend angesehen werden könnte. Es fehlt dagegen an einer von der eigenen Hand des Erblassers herrührenden schriftlichen Angabe des Errichtungsortes, und da dieser wesentliche Formbestandteil durch die Verwendung eines Vordrucks nicht ersetzbar ist, so ist das Testament gemäß BGB. § 125 Satz 1 nichtig, es sei denn, daß dieser der Testamentsurkunde anhaftende Formmangel durch die Datierung des inneren Umschlages oder durch das Datum des an das Amtsgericht in W. gerichteten Schreibens vom 14. Juli 1900 aufgewogen wird. Von vornherein ungeeignet ist hierzu das oben bezeichnete Schreiben, weil das Wort ‚Witten (Ruhr)' in ihm ebenfalls nicht geschrieben, sondern gedruckt ist.

Der Berufungsrichter hält aber auch die Aufschrift des inneren Umschlages:

‚Testament von G. W.
W. am 14./7. 1900'

obwohl sie vollständig von der Hand des Erblassers herrührt, nicht für geeignet, die der Testamentsurkunde fehlende Ortsangabe zu ersetzen. Er führt aus: Der Umschlag bilde keine Fortsetzung des Testaments, seine Aufschrift sei nur eine Inhaltsangabe. Die Annahme, daß der Erblasser vielleicht von Zweifeln über die Ordnungsmäßigkeit der Datierung auf dem Testamente erfüllt gewesen sei und aus diesem Grunde die Hülle des Testaments nochmals mit einem eigenhändig geschriebenen Datum versehen habe, sei verfehlt. Denn unter solcher Voraussetzung würde der Erblasser, wie anzunehmen sei, das ganze Testament in eine andere Form gebracht oder sofort anders datiert, außerdem aber auch nicht wie geschehen den Monat der Errichtung nur mit einer 7 bezeichnet haben. Die Revision hält das für unrichtig. Sie verweist auf das bereits erwähnte Urt. des Senats vom 13. Okt. 02 (RGZ. 52, 277 ff.) und behauptet, daß das Datum des Umschlages so, wie in dieser Entscheidung verlangt werde, zu dem Testamente in eine räumliche Beziehung gesetzt sei, vermöge deren sich seine Bestimmung, den Ort und Tag der getroffenen letztwilligen Verfügung zu kennzeichnen, hinreichend ersehen lasse. Stände die Richtigkeit dieser Behauptung tatsächlich fest, so würde der Revision beigetreten und das Berufungsurteil aufgehoben werden müssen. Allein der Berufungsrichter hat eine entgegengesetzte tatsächliche Feststellung getroffen. Seiner Annahme nach bildet der Umschlag mit seiner Aufschrift keinen Teil des Testaments. Das Testament war, wenngleich mit einem Formfehler behaftet, so doch äußerlich fertig, als der Erblasser es mit einem doppelten Umschlage und den inneren Umschlag mit einer Aufschrift versah, durch die er auf den Inhalt, nämlich auf das abgeschlossene Testament hinwies. Der Berufungsrichter verneint ausdrücklich, daß die Umschlagsaufschrift eine Fortsetzung des Testaments bilde. Er befindet sich dabei in Übereinstimmung mit den Entscheidungen nicht nur des ersten Richters in dem gegenwärtigen Prozesse, sondern auch aller drei Instanzen, die über die Erteilung eines Erbscheins an den Kläger Entscheidung getroffen haben. Rechtliche Verstöße liegen seiner Annahme nicht zugrunde. Insbesondere steht der Inhalt der Testamentsurkunde und der Umschlagsaufschrift nicht in einem unvereinbarten Widerspruch zu der Annahme, daß beide Schriftstücke eine selbständige Bedeutung haben. Die nur äußere Verbindung zwischen dem Testamente und dem Umschlage reicht ebensowenig hin, wie wenn die Umhüllung des Testaments mit einem anderen Schriftstücke

hergestellt wäre, das seinem Inhalte nach mit dem Testamente überhaupt nichts zu tun hätte. Hat, wie der Berufungsrichter annimmt, der Erblasser nicht den Willen gehabt, mit der Testamentserrichtung fortzufahren, als er den Umschlag mit der Aufschrift versah, so kann schon aus diesem Grunde weder diese Aufschrift, noch auch das in ihr enthaltene Ortsdatum als Bestandteil des Testaments gelten. An diese tatsächlichen Erwägungen aber war das Revisionsgericht nach ZPO. § 501 gebunden.

Nach alledem konnte die Revision keinen Erfolg haben."

489. Welche Bedeutung hat der Defektenbeschluß für die Entscheidung im Widerspruchsprozeß? (RBG. §§ 144, 141). Urt. vom 24. April 08, III 452/07.

„Die Revision ist nach ZPO. § 547 Ziff. 2 in Verb. mit GVG. § 70 Abs. 2 Ziff. 2 zulässig; sie ist auch begründet.

Das Berufungsgericht legt den § 144 RBG. vom 31. März 73 (RGBl. S. 61) dahin aus, daß das Gericht nur zu prüfen habe, ob die besonderen sachlichen Voraussetzungen eines Defektenbeschlusses i. S. des § 141 a. a. O. (Unterschlagung oder grobes Verschulden des Beamten) vorliegen und daß mangels dieser Voraussetzungen der Widerspruchsklage ohne Rücksicht darauf stattzugeben sei, ob eine Ersatzpflicht des Beamten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet ist. Dieser, auch in der Literatur vertretenen Auffassung vermag der erkennende Senat nicht beizupflichten. Er hält vielmehr an der Auffassung fest, welche der 4. ZS. des RG. im Urt. vom 5. Febr. 85 (RGZ. 12, 143) und vor ihm das ROHG. im Urt. vom 10. April 77 (rep. 279/77) sowie bezüglich des im wesentlichen übereinstimmenden § 16 der VO. vom 24. Jan. 44 über die Festsetzung der bei Kassen- und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte (GS. 44, 52), das Preußische Obertribunal im Erkenntnis vom 23. März 55 (StriethorstArch. 15, 95) ausgesprochen haben. Das Gericht hat, wenn der Rechtsweg gegen den Defektenbeschluß beschritten wird, zu entscheiden, ob eine Ersatzverbindlichkeit des Beamten besteht und in welcher Höhe. Es hat über die Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen der Parteien nach freier Überzeugung zu entscheiden (RBG. § 144 Abs. 3) und die rechtlichen Folgerungen aus dem festgestellten Sachverhalt zu ziehen, ohne Rücksicht darauf, wie die Verwaltungsbehörde das Verschulden des Beamten rechtlich gekennzeichnet hat. Wenn das Gesetz den Richter in der freien Anwendung der die Ersatzverbindlichkeit regelnden gesetzlichen Bestimmungen hätte einschränken wollen, hätte dies im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen. Wenn den Verwaltungsbehörden unter Umständen ein Ermessen darüber zustehen mag, ob sie bei einem nur leichten Verschulden eines Beamten diesen ersatzpflichtig machen wollen oder nicht, so kann dies nicht dazu führen, in dem gemäß RBG. § 144 eröffneten Rechtsstreit die Entscheidung darauf zu beschränken, ob die besonderen Voraussetzungen des Defektenbeschlusses nach § 141 vorliegen. Denn durch den Defektenbeschluß hat die Verwaltungsbehörde ihren Entschluß, von dem Beamten Ersatz zu fordern, in deutlichster Weise kundgegeben. Daß sie hierzu durch die vom Gericht gemißbilligte Meinung, daß das Verschulden des Beamten ein grobes sei, veranlaßt worden ist, ist gleichgültig. Die Verwaltungsbehörde ist auch durch die gerichtliche Entscheidung, welche das Bestehen der Ersatzpflicht ausspricht, nicht behindert, von der Durchführung des Ersatzanspruchs abzusehen, wenn sie dies für angemessen erachtet und ihr jenes freie Ermessen rechtlich zusteht.

Der Rechtsweg ist im § 144 auch nicht bloß gegen den Defektenbeschluß aus § 141, sondern auch gegen den aus RBG. § 137 gegeben; der letztere aber setzt nicht wie § 141, grobes Verschulden oder Unterschlagung des Beamten als Grund der Ersatzverbindlichkeit voraus.

Das Urt. des 2. ZS. des RG. vom 23. Nov. 90, auf welches sich das Berufungsgericht nach dem in JW. 91, 77 Nr. 29 veröffentlichten Auszuge beruft, steht der vorstehend dargelegten Auffassung des RBG. § 144 nicht ent-

gegen. Es spricht nur aus, daß in einem Falle, in welchem im Vorprozeß das Gericht (von der gleichen Auffassung ausgehend, wie hier das Oberlandesgericht) einen Defektenbeschluß aufgehoben hatte, weil ein grobes Verschulden des Beamten nicht dargetan sei, der Fiskus nicht behindert sei, seinen Ersatzanspruch auf Grund der gesetzlichen Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Beamten im ordentlichen Wege Rechtens geltend zu machen.

Das Berufungsurteil unterliegt hiernach in dem Umfang, in dem es angefochten ist (soweit es der Berufung stattgibt), der Aufhebung . . ."

490. Berücksichtigung der Besonderheiten des Viehhandels bei der Frage, ob Art und Umfang des Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (HGB. § 2). Urt. vom 23. März 08, VI 201/07.

„. . . Endlich ist noch nachzuprüfen, ob das Berufungsgericht mit Recht die Einwendung verworfen hat, daß die Bürgschaft wegen mangelnder Schriftform nichtig sei. Zweifellos war der Beklagte als Viehhändler zur Zeit seiner Verbürgung nach HGB. § 1 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 Kaufmann, und seine Bürgschaftsleistung hatte daher nach § 343 Abs. 1 und § 344 Abs. 1 das. für ihn als Handelsgeschäft zu gelten. Eben deswegen war sie nach § 350 das. auch in mündlicher Form gültig und stand ihm nach § 349 das. die Einrede der Vorausklage nicht zu, wenn er nicht etwa ein unter den § 4 das. fallender sog. Minderkaufmann war (vgl. HGB. § 351). Er hat nun behauptet, zur erheblichen Zeit ein solcher Minderkaufmann gewesen zu sein; das Oberlandesgericht hat aber das Gegenteil angenommen, indem es tatsächlich festgestellt hat, sowohl daß der Gewerbebetrieb des Beklagten über den Umfang des Kleingewerbes hinausgegangen sei, als auch, daß das Geschäft nach seiner Art einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert habe. Das Berufungsgericht geht nämlich davon aus, daß trotz des Wortlautes des HGB. § 4 Abs. 1 nicht jeder Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, Vollkaufmann sei, sondern daß auch jemand, der nach HGB. § 1 Kaufmann ist, Minderkaufmann sei, wenn nicht das in § 2 das. für eine andere Kategorie von Kaufleuten aufgestellte an die Art des gewerblichen Unternehmens anknüpfende Merkmal bei ihm zutreffe. Der Beklagte hat nun gerügt, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Art seines gewerblichen Unternehmens einen inneren Widerspruch aufwiesen. Man könnte vielleicht meinen, es sei überflüssig, hierauf einzugehen, weil der hier maßgebende § 4 Abs. 1 HGB. ganz klar nur solche Kaufleute, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, für Minderkaufleute erklärt und weil gar kein Grund abzusehen sei, hier auch eine einen andern Gegenstand betreffende Bestimmung des HGB. § 2 einwirken zu lassen. Der erkennende Senat würde jedoch durch GVG. § 137 Abs. 2 verhindert sein, ohne weiteres aus diesem Grunde die fragliche Entscheidung aufrechtzuhalten, weil der 4. und 2. Strafsenat des RG. ihren Entscheidungen wiederholt die entgegengesetzte Ansicht zugrunde gelegt haben (vgl. RGSt. 34, 102 ff. und 35, 289; JW. 03, 140 Nr. 26, 27; DJZ. 04, 1187 ff. Nr. 75); eine Ansicht, die auch anderweitig vertreten wird (vgl. die Amtliche Denkschrift zum HGB. 97, 20; Cosack, Handelsrecht [6. Aufl.] § 13 S. 48; Staub, Kommentar zum HGB. [8. Aufl.] Bd. 1 Anm. 18 zu § 4 S. 71 [anders aber noch in der 6. u. 7. Aufl., Anm. 8 zu § 4 S. 74 und Anm. 7 u. 8 zu § 2 S. 63 ff.]). Daher ist auf jenen angeblichen inneren Widerspruch näher einzugehen. Dieser soll darin liegen, daß für die Betriebsart des Handelsgewerbes des Beklagten eine kaufmännische Einrichtung und Gestaltung für dringend erforderlich erklärt ist, obgleich sofort hinzugefügt wird, daß gewisse charakteristische Merkmale des großkaufmännischen Verkehrs wegen der Eigenart des Viehhandels von vornherein auszuschließen sein möchten. Es ist nicht zu leugnen, daß auf den ersten Blick der hier zugrunde liegende Gedankengang nicht ganz leicht zu erkennen sein mag. Bei näherer Betrachtung

der ganzen Erörterung in ihrem Zusammenhange findet man jedoch, daß mit dem angehängten Satze nur einzelne Einwendungen des Beklagten beseitigt werden sollen, die das Berufungsgericht als nebensächlich ansieht, wie daß beim Viehhandel auch im Großbetriebe nicht gerade alle Handelsbücher geführt zu werden brauchen, die sonst im Großhandelsbetriebe üblich sind, und daß bei ihm ein größeres Geschäftspersonal entbehrlich sei. Ein innerer Widerspruch liegt somit nicht vor und ebensowenig andere rechtliche Bedenken."

491. Sind die Maschinen in einer Stickereifabrik Bestandteile oder Zubehör? (BGB. §§ 94, 97 Abs. 1 Satz 2, § 98 Ziff. 1). Urt. vom 25. April 08, V 438/07.

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der spätere Gemeinschuldner von den zwei vorhandenen Gebäuden das eine umgebaut und ein Hintergebäude neu errichtet. Beides ist zu dem Zwecke geschehen, um in den Räumen Stickereien fabrikmäßig herzustellen. Zu diesem Zwecke sind in den Räumen die Schiffchenstickmaschinen nebst den Antriebsmotoren aufgestellt worden, und zwar in der Weise, daß man die Motore an den Fußboden angeschraubt und die Füße der Maschinen auf der Erde mit Zement in Ziegelmauerwerk eingelassen hat; der Zementguß ließ sich mit einem Hammer ohne weitere Beschädigungen leicht aufschlagen. — Es ist dann weiter hervorgehoben worden, daß die Räume ohne weiteres auch zur Aufstellung anderer Maschinen und zu anderen gewerblichen Zwecken benutzt werden können. Die ‚Fabrikanlage' sei nach ihrer Beschaffenheit, nach Bau und Einrichtung nicht einem besonders eingerichteten Fabrikationszweige angepaßt, sondern ohne ausgesprochenes Gepräge. Die Maschinen seien in die Fabrikanlage ‚hineingestellt' worden, dadurch aber haben sie nicht der Vollendung einer einheitlichen Sache gedient, sondern die Fabrikanlage habe als solche bereits ein abgeschlossenes Ganze gebildet. Mögen daher auch ‚die beiden Grundstücke eine einheitliche Fabrikanlage' bilden, so haben doch die Maschinen und Motore durch ihre Verbindung mit den Grundstücken nicht, und auch nicht auf die Dauer der Verbindung, ihre Selbständigkeit verloren. Deshalb können jene Gegenstände nicht als Bestandteile der Gebäude gelten und als solche werden sie auch nach der Verkehrsauffassung in P. und Umgebung nicht angesehen.

Die Revision bezeichnet diese Ausführungen als widerspruchsvoll. Sie ist der Ansicht, daß die Maschinen, weil ohne sie ein Fabrikbetrieb nicht denkbar sei, notwendig zu einer ‚einheitlichen Fabrikanlage' gehören. Deshalb seien die Baulichkeiten erst durch die Aufstellung und Einfügung der Maschinen zu einer einheitlichen Fabrikanlage geworden. Nicht in Betracht komme die frühere Art der Benutzung der Gebäude oder deren äußere Gestaltung. Zudem sei das Hintergebäude besonders für den Betrieb der Spitzenfabrik erbaut, und es seien die Maschinen zur Herstellung dieses Gebäudes eingefügt worden. Allein die Angriffe der Revision sind nicht begründet. Daß der Fabrikbetrieb, wenigstens der Regel nach, Maschinen erfordert, verkennt das Berufungsgericht nicht; es lehnt es nur ab, Grundstücke, Gebäude und Maschinen unter den Begriff einer einheitlichen Sache zusammenzufassen; das Urteil spricht von Einheitlichkeit der Fabrikanlage nur im Sinne der Einheitlichkeit der baulichen Anlage als einer solchen, die zur Aufnahme gewerblicher Betriebe hergerichtet oder umgestaltet werde. Das Urteil hat dann für die Maschinen und Motore die Bestandteilseigenschaft unter Berücksichtigung der Umstände des besonderen Falls und auch der Verkehrsauffassung verneint. Diese Ausführungen sind nicht rechtsirrig, sondern stehen im Einklang mit dem Urt. des RG. in RGZ. 63, 171, das inzwischen in dem ebenfalls für den Abdruck bestimmten Urt. des erkennenden Senats vom 2. Nov. 07 — V 53/07, JW. 08, 2 Nr. 1 — noch eine nähere Erläuterung gefunden hat. Hier ist ausgeführt,

daß den Maschinen nur dann Bestandteilseigenschaft beigelegt werden dürfe, wenn sie nach der Verkehrsauffassung zufolge der Vereinigung mit dem gewerblichen Gebäude nicht mehr selbständige Einzelkörper seien, sondern auf die Dauer der Verbindung nur noch Sachteile des gewerblichen Gebäudes. Dies ist vorliegend im Anschluß an die Gutachten der Sachverständigen W. und B. ohne erkennbaren Rechtsirrtum verneint. Die Sachverständigen erklären, daß in P. und Umgegend die Schiffstickmaschinen und die Motore nicht als Bestandteil der Gebäude gelten. Rechtliche Bedenken gegen diese Auffassung bestehen nicht, um so weniger, als es sich bei jenen Gegenständen um Marktwaren handelt, die von ihrem jeweiligen Standorte ohne Schwierigkeit gelöst und beliebig an anderem Orte oder auch in anderen Räumen zum Betriebe aufgestellt werden können. Es kann auch nicht zwischen den in den einzelnen Gebäuden befindlichen Maschinen unterschieden werden. Ohne Bedeutung ist, daß das Hintergebäude für die Aufstellung der Maschinen besonders erbaut ist; die Annahme der Revision, daß die Maschinen in dieses Gebäude zum Zwecke dessen ‚Herstellung' (BGB. § 94 Abs. 2) eingefügt seien, ist unzutreffend.

Dem Berufungsurteile kann auch insoweit nicht entgegengetreten werden, als den Maschinen und Motoren die Zubehöreigenschaft abgesprochen ist. Zwar kommt nach BGB. § 98 diese Eigenschaft den zum Betriebe einer Fabrik bestimmten Maschinen in der Regel zu, aber unbeschadet der einschränkenden Vorschrift des § 97 Abs. 1 Satz 2, wonach Sachen, die dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind, dann nicht Zubehör sind, wenn sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen werden. Die Sachverständigen haben nun bekundet, daß jene Maschinen nach der Verkehrsanschauung in P. und Umgegend wie nicht als Bestandteile, so auch nicht als Zubehör gelten. Die Gutachten, denen sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, bedurften insoweit nicht, wie die Revision glaubt, einer besonderen Begründung, da es sich im wesentlichen nur um die Bezeugung der tatsächlich in jener Gegend herrschenden Anschauung handele.

Hiernach war die Revision zurückzuweisen ..."

492. Vorvertrag über den schriftlichen Abschluß eines länger als ein Jahr dauernden Mietvertrags (BGB. § 154 Abs. 2, § 566). Urt. vom 12. Mai 08, III 464/07.

„... Es kann dahingestellt bleiben, ob die übrigen von der Revision gegen das Berufungsurteil erhobenen Angriffe für gerechtfertigt zu erachten wären oder nicht. Jedenfalls muß die von ihr erhobene Rüge der Verletzung des BGB. §§ 127, 154 u. 566 zur Aufhebung des Urteils führen. In bezug auf den Einwand des Beklagten, daß die schriftliche Abfassung des Mietsvertrags vereinbart worden, aber nicht erfolgt sei, erklärt das Berufungsgericht zunächst: aus der Stelle in dem Briefe des Beklagten vom 6. August 1905: ‚Ich werde spätestens Mittwoch dort sein, um den Kontrakt zu unterschreiben, den Sie gefl. im Konzept aufsetzen wollen' sei nicht auf die Abrede der Beurkundung oder auf den Willen des Beklagten zu schließen, den endgültigen Abschluß des Vertrags bis zur schriftlichen Abfassung hinauszuschieben; denn der Eingang des Briefes — ‚Ich besitze Ihr geehrtes Gestriges und miete ich also das Lokal ab 1. Februar 1906 zu den besprochenen Bedingungen und zum Preise von 4 Mille p. anno' — könne nur dahin verstanden werden, daß der Beklagte den Laden schon jetzt fest vom 1. Februar 1906 ab mieten wolle. Im weiteren aber führt das Gericht aus: Durch die Unterzeichnung des Mietsvertrags habe offenbar nur der Vorschrift des BGB. § 566 genügt werden sollen, da nach der Absicht der Parteien der Beklagte den Laden nicht nur für ein Jahr, sondern bis zum 30. Juni 1910 habe mieten sollen — wofür auf den Vertragsentwurf und den Brief des Beklagten vom 10. August 1905 verwiesen wird. Diese Annahmen des Berufungsgerichts enthalten, wie die Revision mit

Recht geltend macht, einen Widerspruch. Ging die übereinstimmend erklärte Absicht der Parteien in der Tat dahin, die Mietszeit bis zum 30. Juni 1910 festzusetzen, so konnten sie nur einen solchen Mietsvertrag abschließen wollen, der die Dauer der Mietszeit auch rechtsgültig bis zu jenem Tage bestimmte. Das konnte aber nach BGB. § 566 nur ein in schriftlicher Form abgefaßter Mietsvertrag sein. Ein bloß mündlicher Vertrag konnte ihnen für jenen Zweck nicht genügen, weil er nach der soeben angezogenen Vorschrift nur als auf unbestimmte Zeit, zunächst auf ein Jahr, geschlossen gegolten hätte. In jener übereinstimmenden Erklärung über ihre Absicht in Ansehung der Dauer der Mietszeit und der gerade mit Rücksicht hierauf erfolgten Inaussichtnahme der schriftlichen Abfassung des Vertrags war daher mit Notwendigkeit eine Vereinbarung — Vorvertrag — dahin zu finden, daß der Vertrag, damit dessen teilweise Ungültigkeit, wie sie der § 566 für bloß mündliche Verträge über Grundstücke bestimmt, vermieden werde, in Schriftform abgefaßt würde. Es lag deshalb in der Tat der Fall des BGB. § 154 Abs. 2 vor (vgl. Planck, 3. Aufl., Anm. 3 Abs. 2 zu BGB. § 566 und die dort angezogene Rechtsprechung und Literatur). Eine bloß mündlich zustande gekommene Einigung über den Vertragsinhalt hatte deshalb überhaupt noch keine bindende Kraft, auch nicht in der von § 566 zugelassenen Beschränkung. Denn deren Anwendung hat zur Voraussetzung, daß die Parteien durch den mündlichen Vertrag gebunden sein wollen ..."

493. Verwirkungsklausel im Versicherungsgeschäft (BGB. § 157). Urt. vom 24. April 08, VII 334/07.

"... Hiernach ist die Entscheidung, daß die Beklagte an sich entschädigungspflichtig ist, aufrechtzuerhalten. Aber auch der Verwerfung des Verwirkungseinwandes ist nicht entgegenzutreten. Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, daß die Verwirkungsbestimmungen nach Treu und Glauben zu handhaben sind und daß eine Versicherungsgesellschaft sich der an sich gegebenen Entschädigungspflicht nicht dadurch entziehen kann, daß sie sich auf die Nichtbeobachtung einer Vorschrift beruft, deren Innehaltung im gegebenen Fall gänzlich bedeutungslos gewesen sein würde. Vorliegend ist nun vom Berufungsrichter festgestellt, daß die Beklagte an der allerdings unterlassenen telegraphischen Anzeige irgend welches berechtigte Interesse nicht gehabt hat, daß Klägerin durch den am 11. November abgesandten ausführlichen Bericht der Beklagten mindestens in gleicher Weise wie durch eine innerhalb 36 Stunden nach dem Ableben des Versicherten aufgegebene kurze Depesche die Möglichkeit gewährt hat, über die allein in Frage kommende Sektion sich noch so rechtzeitig schlüssig zu machen, daß diese noch vor der Beerdigung veranlaßt werden konnte. Diese Feststellung beruht auf tatsächlichen, in der Revisionsinstanz auf ihre Richtigkeit nicht nachzuprüfenden Erwägungen. Dem Berufungsrichter ist aber darin beizutreten, daß die Beklagte sich so behandeln lassen muß, als sei die schriftliche Anzeige am Vormittag des 22. November bei ihr eingegangen. Es ist Sache der Versicherungsgesellschaft, Vorkehrung zu treffen, daß eine bei einer der am Sitz der Direktion eingerichteten mehreren Abteilungen ihrer Verwaltung eingehende Eingabe, die auf den ersten Blick die Eiligkeit der Sache erkennen läßt, sofort an die nach dem innern Geschäftsbetrieb zuständige Abteilung weitergegeben wird. Die Beklagte kann sich jedenfalls nicht auf eine Verspätung berufen, die durch unzweckmäßige und deshalb nicht vorauszusetzende Art des Geschäftsbetriebs herbeigeführt ist. Der Berufungsrichter hat aber auch in prozeßgerechter Weise festgestellt, daß die Sektion vom 6. Dezember 1904 noch ein klares Bild ergeben hat, so daß durch die Nichtabsendung der telegraphischen Anzeige der Beklagten vorliegend irgend ein Nachteil nicht erwachsen ist. Auch mit Rücksicht hierauf konnte der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum der Berufung auf die Verwirkungsklausel als wider Treu und Glauben verstoßend den Erfolg versagen ..."

494. Haftet der Bürge für eine Schuld, die durch grobe Nachlässigkeit des Gläubigers entstanden ist? (BGB. §§ 157, 765). Urt. vom 4. Mai 08, IV 474/07.

Die klagende Genossenschaft übertrug E. die Führung ihrer Kassengeschäfte. Der Beklagte übernahm dabei ihr gegenüber die Bürgschaft für die pünktliche Erfüllung der von E. übernommenen Verpflichtungen. 1903 ergab sich bei einer Revision der Kasse des Klägers ein Fehlbetrag von über 17000 ℳ, der auf Veruntreuungen E.s zurückzuführen ist. Der Kläger fordert mit der Klage vom Beklagten aus der Bürgschaft 3000 ℳ samt Zinsen nicht gedeckten Teilbetrag. Die Klage ist in zwei Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung aus: E. habe schon im Jahre 1897 einen Defekt von 1200 ℳ gemacht; er habe diesen demnächst dem Vereinsvorstande anvertraut und mit dessen Genehmigung durch Ausstellung eines Schuldscheins gedeckt. Ob indes schon nach diesem Vorgange der Vorstand verpflichtet gewesen wäre, die Entlassung des Defektanten herbeizuführen, trotz dessen bisheriger Unbescholtenheit, möge dahingestellt bleiben. Denn keinesfalls würde der Beklagte hieraus einen Vorwurf gegen den Kläger erheben können, weil er damals selbst noch dessen Vorstand angehörte und schon danach, mindestens aber nach dem noch unerhobenen und hier als gelungen anzusehenden Eidesbeweise des Klägers betreffend die Verheimlichung des fraglichen Defekts durch ihn selbst als der mitschuldige Teil anzusehen wäre. Indes habe es bei jenem ersten Defekt nicht sein Bewenden behalten, vielmehr sei bei einer durch den damaligen Vereinsvorsteher H. zusammen mit zwei weiteren Vorstandsmitgliedern vorgenommenen Kassenrevision im Jahre 1898 ein weiterer Defekt E.s von mindestens 1500 ℳ entdeckt worden, den dieser in der ihm gestellten Frist von 2—3 Tagen durch Aufnahme eines Darlehns beim Kaufmann R. gedeckt habe. Nach allem, was vorausgegangen sei, habe nun aber der Vorstand nach diesem zweiten Defekte unbedingt die sofortige Entlassung des E. herbeiführen und damit die Entstehung jedes weiteren Defekts für die Zukunft ausschließen müssen. Habe er dies gleichwohl unterlassen, so habe er höchst nachlässig gehandelt und auch nur durch diese Nachlässigkeit den jetzt streitigen neuen Defekt verursacht. Allerdings habe sich der Beklagte für das Darlehn verbürgt, mit dessen Hilfe E. den zweiten Defekt gedeckt habe. Allein hieraus könne nicht mehr wie im Falle des ersten Defekts gegen denselben ein konkurrierendes eigenes Verschulden hergeleitet werden, weil er unstreitig schon vorher, im Herbst 1897, aus dem Vorstande des Klägers ausgeschieden gewesen sei und deshalb auch dessen Verantwortung nicht mehr mitzutragen hatte.

Der Revision war der Erfolg zu versagen. Nicht zu beanstanden ist, wenn das Berufungsgericht eine überaus grobe Nachlässigkeit darin sieht, daß der Vorstand des Klägers nicht alsbald nach Feststellung des zweiten Defekts die Entlassung des E. herbeiführte und damit die Entstehung weiterer Defekte ausschloß. Die Ausführung der Revision, der Beklagte habe auch den zweiten Defekt verheimlicht, und habe er selbst die Entlassung des E. in Anregung bringen müssen, ist nicht zutreffend. Der zweite Defekt kam nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unmittelbar bei der Kassenrevision zur Kenntnis des Vorstandes; daß der Beklagte demnächst für Deckung des Defekts sorgte, lag in seinen Obliegenheiten als Bürge, hatte aber nicht den Zweck der Verheimlichung. Bei Entdeckung des zweiten Defekts sodann war der Beklagte nicht mehr Mitglied des Vorstandes. Die Entlassung des E. lag demzufolge nicht bei ihm, sondern lediglich in den Händen des Vorstands. Unrichtig ist es ferner, wenn die Revision den Vorwurf erhebt, das Berufungsgericht habe ohne Grund den Beklagten dafür als entschuldigt gehalten, daß er nicht bei Entdeckung des ersten Defekts als derzeitiges Vorstandsmitglied des E. dessen Entlassung herbeigeführt habe. Vielmehr unterstellt das Berufungsgericht insoweit ein Verschulden des Beklagten, erachtet aber dasselbe

in Rücksicht auf die spätere Wiederholung der Veruntreuung von seiten des E. nicht als kausal für die späteren Defekte.

Rechtlich bedenkenfrei ist es weiterhin, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, daß gemäß den den Bürgschaftsvertrag beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben auf einen so gelagerten Fall der Entstehung der Schuld durch grobe Nachlässigkeit des Gläubigers die Haftung des Bürgen nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten im Zweifel nicht ausgedehnt sein solle. Diese Annahme entspricht der Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts sowie des Reichsgerichts auf dem Gebiete des gemeinen und des hier in Betracht kommenden preußischen Rechts (ROHG. 20, 47; Entscheidung des RG. in der JW. 90, 302 und in RGZ. 29, 141 ff.) . . ."

495. Verletzung des Transporteurs eines Pferdes. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten? (BGB. §§ 254, 833). Urt. vom 14. Mai 08, IV 608/07.

Der Kläger, der im Auftrage der Beklagten mehrere gemeinschaftliche Pferde der Beklagten nach einem Pferdemarkt gebracht hatte, wurde von ihnen beauftragt, ein neu gekauftes Pferd am selben Tage nach ihrem Wohnorte zu bringen. Wie er mit dem Pferde dorthin unterwegs war, scheute es vor einem Motorrad und verletzte den Kläger. Er klagt auf Schadensersatz.

Aus den Gründen:

„. . . Der Revision ist der Erfolg zu versagen. Hat der Tierhalter dem durch das Tier Geschädigten die Obhut und Aufsicht über das Tier übertragen, so ist es allerdings an und für sich Sache des Geschädigten, der Ansprüche aus BGB. § 833 geltend macht, zu behaupten und zu beweisen, daß er die erforderliche Sorgfalt bei Überwachung des Tieres ausgeübt habe. Auch das Berufungsgericht geht indessen von diesem Grundsatze aus. Weiterhin ist auch vom Berufungsgericht grundsätzlich angenommen, daß durch den zwischen dem Tierhalter und dem Geschädigten zustande gekommenen Vertrag die Haftung für den Tierschaden ausgeschlossen werden kann. In bedenkenfreier Weise wird aber von ihm das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung für den vorliegenden Fall verneint. Diese Entscheidung beruht wesentlich auf der Würdigung des konkreten Falls und stellen sich ihr besondere Momente, die sich aus dem Sachverhalte ergeben, nicht entgegen. Insbesondere führt zu einer gegenteiligen Auffassung auch nicht die Aussage des Zeugen G. Dieser legte nach seiner Bekundung dem Kläger angesichts der vom Pferde vorher gezeigten Unruhe besondere Achtsamkeit nahe, weil er annahm, daß der Kläger der Erwerber des Pferdes und ein im Transport von Pferden unbewanderter Bauer sei, worauf der Kläger erwiderte, er habe schon öfter Pferde transportiert und wisse, wie er sich zu verhalten habe. Daraus war ein Verzicht des Klägers auf etwaige Ansprüche aus BGB. § 833 nicht zu entnehmen; dies um so weniger, als G. nicht einmal Vertragskontrahent war. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in früheren Fällen tritt zu der Auffassung des Berufungsgerichts nicht in Widerspruch. Es kämen hierbei die Entscheidungen vom 8. Febr. 06 — mitgeteilt im Recht 06, 443 Nr. 1082 — und vom 30. Okt. 07 — IV 111/07 — in Betracht. Im letzteren Fall war beim Vorliegen eines Viehtransportvertrages Ausschluß der Tierhaftung als stillschweigend vereinbart angenommen, im ersteren Fall ist beim Vorliegen eines solchen Vertrages die Feststellung des Instanzrichters gebilligt worden, der den Ausschluß der Haftung verneinte. In beiden Fällen beruhten aber die Entscheidungen des Reichsgerichts im letzten Grunde darauf, daß lediglich die Eigenart des Einzelfalles darüber entscheide, ob der Ausschluß der Haftung als vereinbart anzusehen sei. Dem Berufungsgericht kann sodann nicht zum Vorwurf gemacht werden, es habe die Frage des mitwirkenden Verschuldens unrichtig beurteilt. Insbesondere brauchte es ein Mitverschulden des Klägers nicht darin zu sehen, daß er das Pferd nur an der Halfter — nicht, wie die

Revision will, an einer Trense oder einem mit Gebiß versehenen Zügel — fortführte. Das Pferd war bei der Musterung — wie G. bezeugt — nur am Stricke vorgeführt worden. Ist es in eben diesem Zustande dem Kläger vom Tierhalter zum Transport übergeben worden, so ist ihm nicht ohne weiteres zum Vorwurfe zu machen, daß er nicht weitere Vorsichtsmaßregeln getroffen habe. Im übrigen geht aber das Berufungsgericht nach Inhalt der Begründung seines Urteils davon aus', daß nach der Sachlage auch bei Beobachtung weiterer Vorsicht der Unfall sich ereignet hätte. Die Beeidigung des Zeugen Dr. B., dem der Streit verkündet worden war, ist mit Recht unterblieben. Dies gilt gleichviel, ob B. dem Rechtsstreite beitrat oder nicht (Entscheidungen des RG. vom 15. Mai 02, mitgeteilt in der JW. 02, 250 Nr. 5). Anlangend endlich die Bemessung der Rente, so geht das Berufungsgericht von der prinzipiell richtigen Auffassung aus, daß, soweit sich der künftige Verlauf der Dinge schon zur Zeit der Urteilsverkündung übersehen lasse, auch dieser zu berücksichtigen sei. Von diesem Standpunkte aus glaubt es bis auf weiteres die Rente voll oder beschränkt zusprechen zu müssen. Hierin ist ein Irrtum nicht zu finden. Ändern sich später die vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Verhältnisse, so kann insbesondere auf Grund der ZPO. § 323 eine Änderung des Urteils verlangt werden . . ."

496. Aufrechnung mit einer Entschädigungsforderung gegen die Prämienforderung nach Ablauf der Frist zur Prämienzahlung. Besteht ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Forderung auf die Prämie einer Nachversicherung? (BGB. §§ 273, 387, 389). Urt. vom 19. Mai 08, VII 539/07.

„. . . Ist demgemäß zurzeit nicht dargetan, daß der fälligen Prämienforderung eine fällige Entschädigungsforderung gegenüberstand, so ergeben sich fernere Bedenken in bezug auf die Zeit der Aufrechnungserklärung und in bezug auf deren Empfänger B. Wird man auch beim Mangel abweichender Vereinbarungen davon ausgehen dürfen, daß der tatsächlichen Zahlung der Prämie deren Tilgung mittels Aufrechnung gleichzustellen ist, so muß doch, sofern die mit der nicht fristgemäßen Entrichtung der Prämie verknüpften Nachteile vermieden werden sollen, die Aufrechnung wirklich vor Ablauf der Frist (§ 13 Abs. 1 der Bedingungen) erklärt sein; erst diese Erklärung hat die Tilgung der Prämienforderung zur Folge. Wenn die Prämie innerhalb einer bestimmten Frist gezahlt sein muß, so kann von einer Rückwirkung nach BGB. § 389 dergestalt, daß auch bei später geschehener Aufrechnung die Zahlung als fristgemäß erfolgt anzusehen wäre, keine Rede sein (vgl. das Urt. des erkennenden Senats vom 25. Nov. 04, VII 197/04) . . .

Der Berufungsrichter bezeichnet es als zweifelhaft, ob nicht zwischen dem zweiten und dritten Unfall neue Pferde eingestellt worden sind, meint indessen, daß dem Beklagten wegen des Restes der Entschädigungssumme aus dem ersten Unfall von 220,85 ℳ das Recht zugestanden habe, die Erfüllung der Nachversicherungspflicht zu verweigern. Dabei ist die Natur des Versicherungsverhältnisses nicht berücksichtigt, welche es ausschließt, daß die Nachversicherung zum Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts gemacht werden könne. Es handelt sich zunächst dabei nicht sowohl um die Erfüllung einer erzwingbaren, gegebenenfalls in eine Schadensersatzpflicht übergehenden Verbindlichkeit, als um eine Voraussetzung für die Erhaltung des Versicherungsanspruchs (RGZ. 58, 346). Will man aber auch jene Pflicht als eine geschuldete Leistung gelten lassen, so besteht doch zwischen ihr und der Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der Versicherungssumme weder eine vertragsmäßige gegenseitige Bedingtheit wie bei Leistung und Gegenleistung, noch auch nur eine natürliche, als gewollt anzunehmende Einheitlichkeit des tatsächlichen Verhältnisses (RGZ. 57, 7). Die Klägerin versichert regelmäßig nur den gesamten, einer Gattung angehörenden Tierbestand eines Mitgliedes; auch die neu hinzu-

tretenden Tiere sollen in die Versicherung einbezogen werden. Auf dieser Grundlage beruht die Prämienberechnung. Sie kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Versicherte einen Anspruch auf Schadensersatz zu haben behauptet, der von der Klägerin bestritten wird. Dieser Anspruch entspringt zwar ebenso aus dem Versicherungsverhältnis wie die Nachversicherungspflicht. Aber beide bestehen unabhängig nebeneinander. Es ergibt sich aus jenem Verhältnis von selbst, daß der Versicherte nicht deshalb die Nachversicherung ohne den angedrohten Nachteil unterlassen darf, weil ihm die Gesellschaft aus einem früheren Unfall haftbar ist. Auch diese kann die aus solchem Unfall geschuldete Ersatzsumme nicht bis zu dem Antrag auf Nachversicherung zurückhalten, sie muß zahlen und andererseits hat der Versicherte die Folgen seiner Unterlassung im Hinblick auf weitere Unfälle zu tragen. Für die Anwendung des BGB. § 273 ist kein Raum ..."

497. Pflicht des einen Hypothekengläubiger vertretenden Rechtsanwalts, die Zwangsversteigerungsakten einzusehen (BGB. §§ 276, 611; ZVG. §§ 27, 49, 68). Urt. vom 15. Mai 08, III 496/07.

„Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß nach Lage der Sache der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, die Zwangsversteigerungsakten vor dem Versteigerungstermin einzusehen und daß in der Unterlassung dieser Handlung ein Verschulden des Beklagten nicht zu finden sei. Der Beklagte war beauftragt, die 3. Hypothek im Versteigerungstermine zu überbieten und nötigenfalls ein Gebot bis 21000 ℳ abzugeben. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß für die Höhe der nach ZVG. § 68 im Versteigerungstermine zu leistenden Sicherheit die Frage, ob auch der erste oder nur der dritte Hypothekargläubiger betreibender Gläubiger war, maßgebend war (vgl. ZVG. § 49). Das Berufungsgericht meint aber, daß auf Grund der seitens der Ehefrau des Klägers erfolgten Mitteilungen und vorgelegten Papiere in Verbindung mit dem Umstand, daß der die Zwangsversteigerung betreibende dritte Hypothekargläubiger dem Kläger es unter Übersendung der hinsichtlich des Zwangsversteigerungsverfahrens erwachsenen Aktenstücke überlassen hatte, die dritte Hypothek bei der Versteigerung herauszubieten, Beklagter habe überzeugt sein können, lediglich der dritte Hypothekargläubiger sei betreibender Gläubiger und letzterer habe dem Kläger alle Aktenstücke übersendet, würde dies insbesondere auch hinsichtlich einer etwa gemäß ZVG. § 27 erfolgten Zulassung des Beitritts des ersten Hypothekargläubigers zu dem Verfahren nicht versäumt haben. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Der Beklagte hatte zur Ausführung der übernommenen Verpflichtung alle diejenigen Maßregeln zu treffen, welche eine sichere Gewähr in dieser Hinsicht boten. Dazu gehört vor allen Dingen die Feststellung, ob in dem Zwangsversteigerungsverfahren, das auf Antrag des dritten Hypothekargläubigers angeordnet worden war, hinsichtlich des ersten Hypothekargläubigers eine Zulassung gemäß ZVG. § 27 erfolgt war, da hiervon die weitere Gestaltung des Verfahrens abhing. Diese Feststellung konnte mit Sicherheit nur durch Einsicht der Zwangsversteigerungsakten erfolgen. Die Beratung mit der klägerischen Ehefrau konnte, wenn diese auch einen geschäftsgewandten Eindruck machte, den Beklagten um so weniger von jener Feststellung abhalten, als die klägerische Ehefrau sich, wie der Beklagte erkennen mußte, hinsichtlich weiteren Vorgehens auf seine Maßregeln verließ. Beklagter hatte daher um so mehr die Eventualität in Betracht zu ziehen, daß die dem Kläger von dem dritten Hypothekargläubiger übersendeten Aktenstücke nicht vollständig sein könnten und mit der Möglichkeit der (in der Tat bereits erfolgten) Zulassung des ersten Hypothekargläubigers zu rechnen, als eine solche ja jederzeit im Bereich der rechtlichen Möglichkeit lag. Bei Beurteilung der Sachlage ist dabei von der Unterstellung auszugehen, daß der Beklagte nach Empfang der Vollmacht die Akteneinsicht noch in einer Weise nehmen konnte,

um die infolge der Zulassung des Beitritts des ersten Hypothekargläubigers zu dem Verfahren erforderlichen Maßregeln zu treffen und daß diese Maßregeln dann den vom Kläger behaupteten Erfolg gehabt hätten. Der Umstand, daß die Ausführung der Akteneinsicht durch den Beklagten an einem auswärtigen Amtsgerichte besondere Kosten veranlaßt hätte, kann dem Beklagten nicht zur Entschuldigung gereichen ..."

498. Verpflichtung des Rechtsanwalts als Beraters des Geldgebers, ihn auf den Rechtsbehelf der Löschungsvormerkung hinzuweisen (BGB. §§ 276, 611). Urt. vom 19. Mai 08, III 105/08.

„... Unbegründet ist die von der Revision erhobene Rüge der Verletzung des BGB. § 276. Sie meint, der Rechtsanwalt verletze seine Pflichten nicht, wenn er in einem Falle wie dem vorliegenden, Umstände nicht berücksichtige, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht zu erwarten seien. Dahin gehöre die Möglichkeit, daß die beteiligte Baubank das Verhältnis zu dem Baugeldnehmer abbräche, dann eine Eigentümerhypothek für den Grundstückseigentümer entstände und dieser sie an einen Dritten abträte. Alle diese Ausführungen treffen nicht den Kern der Begründung des Berufungsgerichts. Dieses hat festgestellt, es habe, wie der Beklagte sich hätte sagen müssen, die nahe Möglichkeit bestanden, daß bei einer vorzeitigen Abrechnung zwischen der Baubank und dem Grundstückseigentümer der Bau nicht vollendet und der Baugeldkredit nicht erschöpft sein würde, und daß deshalb eine Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangte. Daraus sei die im vorhergehenden geschilderte, auch ihm erkennbare Gefahr für die Güte und Sicherheit der dem Kläger angebotenen Hypothek erwachsen. Gerade aus Sorge um die Zulänglichkeit der Sicherstellung habe aber dieser den rechtskundigen Rat erbeten. Der Kläger habe, wie deutlich zu erkennen gewesen sei, von der persönlichen Kreditwürdigkeit H.s absehen und alles auf die dingliche Sicherheit abgestellt wissen wollen. Er hätte hiernach erwarten dürfen, von dem Beklagten über jeden Rechtsbehelf aufgeklärt zu werden, der die Sicherheit der Hypothek hätte erhöhen können. Das Gericht nimmt aber weiter an, daß, wenn der Beklagte den Kläger über die Bedeutung der Vormerkung belehrt hätte, dieser dahin entschieden hätte, daß eine solche eingetragen werde, und daß andererseits H., um das ihm nötige Darlehn bewilligt zu erhalten, sich dazu verstanden hätte, die Baugelderhypothek der Bank für Grundbesitz, soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen würde, löschen zu lassen und die Eintragung der die Löschung sichernden Vormerkung gemäß BGB. § 1179 zu bewilligen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte den Kläger auf den Rechtsbehelf der Erwirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Ranges seiner Darlehnshypothek hätte hinweisen müssen und daß hierin eine fahrlässige Verletzung seiner Dienstpflicht enthalten sei, ist also gerade aus den besonderen Umständen des vorliegenden Falles begründet, denen gegenüber die allgemeinen Erwägungen der Revision nicht durchschlagen können ..."

499. Haftung aus unerlaubter Handlung neben der Haftung aus einem Vertrage (BGB. §§ 276, 823). Urt. vom 28. April 08, VII 324/07.

Der Schreinermeister H., der auf einem Grundstück der klagenden Firma, eines Baugeschäfts, eine Werkstatt gemietet hatte, hat eines Abends beim Überschreiten des nicht erleuchteten Lagerplatzes der Klägerin einen Unfall erlitten. Er hat die rechtskräftige Verurteilung der Klägerin zum Schadensersatz erreicht.

Die Klägerin nimmt nun Rückgriff gegen die Beklagte und beantragt, sie auf Grund des mit ihr geschlossenen Versicherungsvertrags zu verurteilen, ihr 80 % des Schadens zu erstatten. Die Beklagte wendet u. a. ein, die Haftpflicht

der Klägerin gegenüber H. beruhe auf dem Mietvertrage. Die Haftpflicht aus einem Vertrage sei aber nicht Gegenstand der Versicherung. Die Beklagte ist in zwei Instanzen verurteilt.

Aus den Gründen:

„... Wenn als Grund der Schadensersatzpflicht der Klägerin nicht bloß die Verletzung ihrer durch den Mietvertrag begründeten Pflichten in Betracht kommt, sondern wenn sie auch abgesehen hiervon aus einer unerlaubten Handlung dem H. entschädigungspflichtig geworden ist, so wird damit der Einwand der Beklagten, sie habe die Klägerin von ihrer Haftpflicht nicht freizuhalten, hinfällig. Denn dann handelt es sich um die Folgen der gesetzlichen, deliktischen Haftpflicht der Klägerin gegenüber dritten fremden Personen, für diese aber ist unter Nr. 10 A des Antrages die Versicherung beantragt und von der Beklagten in der Police auch übernommen worden. Das spricht der zweite selbständige Entscheidungsgrund aus und die gegen die Annahme des Berufungsgerichts, Klägerin habe unerlaubt i. S. des BGB. § 823 gehandelt, erhobenen Angriffe haben zu der beantragten Aufhebung des Urteils nicht führen können.

Zwar ist der Revision zuzugeben, daß daraus, daß im Vorprozesse die der Klägerin zur Last gelegte Vertragsverletzung zugleich als unerlaubte Handlung beurteilt ist, noch nicht folgt, daß dieselbe Beurteilung auch hier maßgebend ist. Denn wenn die Beklagte auch die Führung jenes Prozesses gemäß § 6 der Versicherungsbedingungen übernommen hat, hat sie damit doch noch nicht die Regreßpflicht der Klägerin an sie anerkannt, Beklagte ist deshalb nicht gehindert, trotz der rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses hier das Fehlen der Voraussetzungen für die Anwendung des § 823 einzuwenden.

Das Berufungsgericht hat sich aber auch nicht mit der Bezugnahme auf die Vorentscheidung begnügt, sondern hat selbständig geprüft, ob Klägerin die erwähnte Gesetzesbestimmung verletzt hat.

Die Rechtsausführungen der Revision, für die aus einem Vertrage herzuleitende Handlungspflicht sei nicht zugleich der Tatbestand einer unerlaubten Handlung festzustellen, treffen in dieser Allgemeinheit nicht zu. Es ist das auch in dem von der Revision angezogenen Urt. des 6. ZS. des RG. vom 4. Febr. 04 (JW. 04, 166 Nr. 4) nicht ausgesprochen. Vielmehr ist dort nur für den zur Entscheidung stehenden Fall die Anwendbarkeit des BGB. § 823 verneint. Es ist aber auch für die Frage, ob neben kontraktlichen Ansprüchen deliktische mit in Betracht kommen, die Beurteilung des konkreten Falles entscheidend; nach der Sachlage des Einzelfalles ist zu ermessen, ob die Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt und deshalb dem Geschädigten aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten Ansprüche zustehen. Grundsätzlich ist eine solche Konkurrenz beider Ansprüche nicht auszuschließen.

Hier nun hat das Berufungsgericht ohne erkennbaren Rechtsirrtum und mit ausreichender tatsächlicher Begründung einen konkurrierenden deliktischen Anspruch des H. gegen die Klägerin festgestellt. Es wird ausgeführt, daß, weil dritte Personen über den Lagerplatz zu gehen berechtigt waren, die Klägerin als Eigentümerin des Platzes bzw. infolge ihrer rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zu demselben, dafür Sorge zu tragen hatte, daß der Platz ohne Gefahr zu passieren war. Das habe sie fahrlässig unterlassen und deshalb sei sie dem hierdurch an seiner Gesundheit geschädigten H. aus BGB. § 823 schadensersatzpflichtig geworden. Diese Ausführungen beruhen auf dem auch vom Reichsgericht (RGZ. 54, 53 ff.; 58, 333) bereits ausgesprochenen Rechtssatze, daß, wer einen Verkehr für andere auf seinem Grundstücke eröffnet, auch für gefahrlosen Verkehr zu sorgen hat und daß mangelhafte Erfüllung dieser Pflicht Schadensersatzpflicht gemäß BGB. § 823 nach sich zieht.

Der Umstand, daß der Verkehr über den Platz erst durch das Vermieten der Werkstatt eröffnet ist, hat dabei keine den gesetzlichen Anspruch aus-

schließende Bedeutung. Denn H. kommt nicht als Mieter, sondern, wie jeder andere, als Passant des Platzes in Betracht. Die Haftpflicht der Klägerin für ihr aus der Benutzung der Geschäftslokalitäten erwachsende Ersatzpflichten ist aber nach der Anmerkung zu 10 des Versicherungsantrages ausdrücklich mitversichert. Das mit H. bestehende Vertragsverhältnis könnte für die Beurteilung nur insofern in Betracht kommen, als wenn nach demselben die Klägerin ihm gegenüber die obwaltende Fahrlässigkeit nicht zu vertreten hätte, eine widerrechtliche Verletzung ausgeschlossen sein würde. In dieser Hinsicht sind indessen keine Behauptungen aufgestellt ..."

500. Klage auf Zahlung des Kaufpreises, dessen Tilgung durch Verrechnung vereinbart war (BGB. §§ 284, 285, 326, 433 Abs. 2). Urt. vom 15. Mai 08, II 544/07.

"... Sodann ist aber auch ein rechtlicher Verstoß, namentlich ein solcher gegen die von den Revisionsklägern ebenfalls als verletzt bezeichneten §§ 284, 285, 326 BGB. nicht darin zu finden, daß das Berufungsgericht aus der von ihm auf Grund der Beantwortung der erörterten Frage festgestellten Weigerung der Beklagten, die ihnen dem Vertrage gemäß obliegende Gegenleistung für die S. Grundstücke mittels Verrechnung des vereinbarten Kaufpreises zu bewirken, ohne weiteres und ohne Rücksicht auf die angeführten Bestimmungen die Verpflichtung der Beklagten zur Barzahlung dieses Kaufpreises hergeleitet hat. Es kommt hierbei namentlich in Betracht, daß nach BGB. § 433 Abs. 2 die regelmäßige, gesetzliche Verpflichtung des Käufers aus einem Kaufvertrage gerade in der Zahlung des vereinbarten Kaufpreises besteht, und daß daher auch im vorliegenden Falle die Verpflichtung derselben zur Zahlung dieser Schuld sich von selbst ergibt, nachdem die in dem Vertrage vom 26. März 1903 vorausgesetzte Tilgungsart, die Verrechnung des Kaufpreises, infolge der Weigerung der Käufer, die Grundstücke aufzulassen, mit deren Kaufpreise nach dem Vertrag ihre hier streitige Kaufpreisschuld verrechnet werden sollte, nachträglich weggefallen ist. Dies ist auch in dem von dem Berufungsgericht angeführten Urt. des 5. ZS. des RG. vom 2. Febr. 07, V 241/06, dem der erkennende Senat sich anschließt, in einem dem vorliegenden ähnlichen Falle ausgesprochen. Es hat daher zur Begründung der streitigen Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises an Stelle der im Vertrage erwähnten Verrechnung desselben einer Inverzugsetzung der Beklagten durch die Kläger in bezug auf diese Verrechnung (BGB. §§ 284, 285) oder der Setzung einer Frist hierfür gemäß BGB. § 326 nicht bedurft ..."

501. Uneigentliches Kontokurrent. Verrechnung von Wechseln, die zur teilweisen Deckung eines Saldos gegeben sind, der sich aus klagbaren und klaglosen Schulden zusammensetzt (BGB. § 366; HGB. § 355). Urt. vom 6. Mai 08, I 346/07.

"Die Revision bekämpft zunächst die Annahme des Berufungsgerichts, daß in der Zeit vom Aufhören der Spekulationsgeschäfte im Mai 1892 oder doch seit dem 1. Juli 1892 bis dahin 1893 ein Kontokorrentverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1 bestanden habe. Es sei ausgeschlossen, daß das Kontokorrentverhältnis auch dann noch fortgedauert habe, als die Spekulationsgeschäfte, auf die allein es sich in der Zeit vom Oktober 1889 bis Ende Mai 1892 gegründet habe, unter den genannten Parteien nicht mehr vorgekommen seien. Aus dem Aufhören des Kontokurrents will dann die Revision die Folgerung ziehen, daß auch die dem Kontokurrent eigentümliche verhältnismäßige Verrechnung der Zahlungen auf alle gegenüberstehenden Kontoposten nicht eingetreten sei; vielmehr hätten die Zahlungen auf die klagbaren Schulden aus anderen als Differenzgeschäften verrechnet werden müssen, weil die klagbaren Schulden die dem Beklagten zu 1 lästigeren gewesen seien. Die von

der Revision gezogene Folgerung ist jedoch keine notwendige, denn die mit dem Kontokurrent vom Gesetze verbundene Wirkung, daß bei der Ziehung des Passivsaldos eine verhältnismäßige Tilgung aller Debetposten auf dem Wege der Gesamtaufrechnung erfolgt, kann, auch wenn die Voraussetzungen des eigentlichen Kontokurrents fehlen, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien herbeigeführt werden (vgl. Entsch. des RG. vom 28. Juni 92, JW. 92, 374 Nr. 18). Ein solches stillschweigendes Übereinkommen darf im vorliegenden Falle, in dem für den bezeichneten Zeitraum die bisherige Buchungsart beibehalten wurde, halbjährlich die Saldoziehung und die Anerkennung des Saldos unverändert stattfand, angenommen werden. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsirrtum feststellen, daß auch in diesem Zeitabschnitt die vom Beklagten zu 1 gemachten Zahlungen nicht auf einzelne Schuldposten, sondern auf deren Gesamtsumme mit der Wirkung verhältnismäßiger Tilgung der Einzelposten am Halbjahresschlusse zu verrechnen gewesen sind.

Einen zweiten Angriff stützt die Revision auf die Behauptung, daß die sämtlichen, mithin auch die jetzt eingeklagten Wechsel in ihrem Gesamtbetrage zum Teil gültige, zum Teil nicht klagbare Schuld enthielten. Würde nun auf denjenigen Prozentsatz, der an klagbarer Schuld in dem am 1. Dezember 1900 fälligen und in den folgenden fünf, darunter den vier eingeklagten, Wechseln enthalten sei, die nach dem Vorprozesse erfolgte Zahlung von zusammen 5000 ℳ verrechnet, so müßte sich ein Rest ergeben, der die vom ersten Richter zugesprochenen 2162,83 ℳ nicht übersteige. Auch dieser Revisionsangriff konnte keinen Erfolg haben. Die Aufstellung, daß die eingeklagten Wechsel zum Teil gültige, zum Teil nicht klagbare Schuld enthielten, ist nicht haltbar. Die Wechsel sind von ihrem materiellen Schuldgrunde losgelöst, die Folgen dieser Loslösung werden dann wieder vom Rechte insoweit abgeschwächt, als es zuläßt, daß den Wechseln aus dem materiellen Schuldverhältnisse die Einrede entgegengestellt wird, es handle sich um Schulden, bei denen jeder Beitreibungszwang, auch der durch Wechsel vermittelte, versagt sei. Diese Einrede kann aber, wo Wechsel zur Deckung von klagbaren und klaglosen Schulden, ohne daß zwischen beiden Schuldarten unterschieden wird, hingegeben werden, regelmäßig erst dann durchdringen, wenn die klagbaren Schulden getilgt sind. Auf diesen Standpunkt hat sich auch bereits das in dem Vorprozesse ergangene Urt. des RG. vom 31. Mai 05 gestellt. Selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, daß bei der Wechselbegebung eine besondere Beziehung einzelner Wechselsummen oder von Teilen dieser Summen zu den aus bestimmten materiellen Schuldverhältnissen entspringenden Schulden vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung ist jedoch im vorliegenden Falle nicht dargetan. Dagegen, daß jeder einzelne Wechsel über 2500 ℳ neben klagbarer Schuld auch einen gewissen Prozentsatz klagloser Differenzschuld nach der Absicht des Klägers und des Beklagten zu 1 habe decken sollen, spricht auch das Verhalten dieses Beklagten selbst, der den am 1. Dezember 1901 fällig gewordenen Wechsel ganz eingelöst hat ..."

502. Voraussetzungen der befreienden Wirkung der Hinterlegung (BGB. §§ 372, 378). Urt. vom 8. Mai 08, III 611/07.

„... War aber durch die Abtretung der D.schen Forderung die Klägerin Gläubigerin der Beklagten geworden, so konnte auch durch die späteren von D. bewirkten Abtretungen und gegen diesen ausgebrachten Pfändungen eine objektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers bezüglich der der Klägerin abgetretenen 7000 ℳ nicht entstehen. Die subjektiven Zweifel der Beklagten aber, welche sie zu der Hinterlegung veranlaßt haben mögen, konnten die befreiende Wirkung der Hinterlegung (BGB. § 378) nur dann herbeiführen, wenn diese Zweifel, die Ungewißheit der Beklagten über die Person des Gläubigers, nicht auf Fahrlässigkeit beruhten. Das Berufungs-

gericht verneint, daß die Beklagten zu begründeten Zweifeln hätten kommen können, da sie über das Bestehen eines unmittelbaren Vertragsverhältnisses zwischen ihnen und D. und die daraus sich ergebende Entstehung der D.schen Forderung und deren rechtswirksame Übertragung auf die Klägerin persönlich unterrichtet gewesen seien und tatsächlich zunächst auch Zweifel überhaupt nicht gehabt hätten. Diese, wesentlich auf der tatsächlichen Würdigung der Sachlage beruhende Auffassung ist gleichfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Unrichtig ist die Behauptung der Revision, daß das Berufungsurteil den Rechtsirrtum schlechthin für unentschuldbar ansehe. Die Ausführung (S. 21) des Urteils, daß die Hinterlegung nur dann die gesetzliche Wirkung habe, wenn der Schuldner nach einer mit gehöriger Sorgfalt ausgeführten Prüfung zu tatsächlich oder rechtlich begründeten Zweifeln über die Person des Berechtigten gelangt, ergibt, daß das Berufungsgericht von der zutreffenden, in RGZ. 59, 18/19 entwickelten Auffassung ausgegangen ist. Richtig ist die Bemerkung der Revision, daß für die Frage, ob die Ungewißheit des Schuldners auf Fahrlässigkeit beruht, der Zeitpunkt der Hinterlegung maßgebend ist. Allein dies verkennt auch das Berufungsgericht nicht. Es schließt nur aus der Tatsache, daß die Beklagten zu einem früheren Zeitpunkt von der Rechtswirksamkeit der Abtretung positiv überzeugt waren, daß die später, zur Zeit der Hinterlegung, etwa vorhandenen Zweifel nicht begründet, d. h. nicht entschuldbar waren. Dies ist nicht zu beanstanden . . ."

503. Bedingter Kauf einer Gastwirtschaft. Wann ist die Nichterteilung der Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetrieb als Mangel des Grundstücks anzusehen? (BGB. § 459 Abs. 1, §§ 157, 158, 119 Abs. 2). Urt. vom 13. Mai 08, V 337/07.

„. . . Mit Unrecht bekämpft die Revision diese Ausführungen, soweit sie die Anwendbarkeit des BGB. § 459 Abs. 1, § 119 Abs. 2 verneinen. Allerdings kann auch die Nichterteilung der Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetriebe unter Umständen einen Mangel des davon betroffenen Grundstücks darstellen. Dies setzt aber voraus, daß die Versagung der Erlaubnis ihren Grund in Eigenschaften des Grundstücks hat, zufolge deren letzteres den auf den Gastwirtschaftsbetrieb bezüglichen polizeilichen Anforderungen (GewO. § 33 Abs. 2 Ziff. 2) nicht genügt. Ein solcher Fall liegt gegenwärtig nicht vor, da die Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetrieb unstreitig wegen Nichtvorhandenseins eines Bedürfnisses versagt worden ist. Daraus ergibt sich zugleich auch die Unanwendbarkeit des BGB. § 119 Abs. 2, insofern danach die Eigenschaft einer Sache hinsichtlich der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums als zum Inhalt der Erklärung gehörig angesehen wird. Außerdem ist auch der weitere, vom Berufungsrichter für die Unanwendbarkeit geltend gemachte Grund zutreffend, daß es sich bei der Annahme des Klägers, er werde die bisher stets erteilte Betriebserlaubnis für seine Person ebenfalls erhalten, nicht um einen Irrtum über vergangene oder gegenwärtige Tatsachen, sondern um unrichtige Beurteilung zukünftiger Verhältnisse handelt, ein Irrtum letzterer Art aber nur den Beweggrund des Geschäftsabschlusses betrifft und daher dessen Gültigkeit nicht beeinflußt.

Dagegen war die weitere Rüge der Revision, daß der Berufungsrichter bei der rechtlichen Beurteilung der Sachlage den klägerischen Behauptungen über den Abschluß eines bedingten Geschäfts nicht gerecht geworden sei, für begründet zu erachten. Nach der durch Eideszuschiebung unter Beweis gestellten Behauptung des Klägers hat dieser kurz vor dem Vertragsschluß einem der beiden Inhaber der beklagten Firma erklärt, er werde das Grundstück nur kaufen, wenn ihm die Konzession erteilt würde, und ist ihm darauf von dem betreffenden Firmeninhaber erwidert worden, es unterliege keinem Zweifel, daß ihm, dem Kläger, die Konzession erteilt werden würde. Der Berufungsrichter hält diese Anführungen deshalb für unerheblich, weil in der angeblichen

Erwiderung des Firmeninhabers kein Einverständnis mit der vom Kläger gestellten Bedingung zu erblicken sei, die fragliche Erklärung vielmehr nur den Charakter einer Meinungsäußerung habe. Selbst wenn indessen dies richtig ist, die Erklärung also als eine ausweichende Antwort auf die gestellte Bedingung aufzufassen wäre, würde dies dennoch dem Zustandekommen eines bedingten Vertrags mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt nicht entgegenstehen, sofern anzunehmen ist, daß Kläger auch noch bei dem Vertragsschluß an jener Bedingung festhielt. Erkannten die Beklagten dies und schlossen sie nichtsdestoweniger den Vertrag ab, ohne den Kläger darauf aufmerksam zu machen, daß sie der Bedingung nicht zustimmten, während andererseits der Kläger nach Lage der Umstände sich für berechtigt halten durfte, ihr Schweigen als Zustimmung zu deuten, so können sie nicht hinterher geltend machen, es habe an dieser Zustimmung gefehlt; vielmehr müssen sie alsdann nach Treu und Glauben den Vertrag als unter der in Frage kommenden Bedingung geschlossen gegen sich gelten lassen. Der Berufungsrichter scheint nun freilich seine abweisende Entscheidung auch noch darauf stützen zu wollen, daß kein Anhalt dafür vorhanden sei, daß noch zur Zeit der Auflassung Willensübereinstimmung zwischen den Parteien in betreff eines bedingten Vertragsschlusses bestanden habe. Dabei ist jedoch einmal übersehen, daß, wenn nicht Umstände vorliegen, die gegen eine Fortdauer der früher erzielten Willenseinigung bis zur Auflassung sprechen, diese Fortdauer anzunehmen ist, eine besondere Beweislast also der sich darauf berufenden Partei nicht obliegt. Außerdem hat der Berufungsrichter das ausweislich des Tatbestandes seines Urteils vorgetragene Schreiben der Beklagten an den Bezirksausschuß in O. vom 29. Mai 1906 unbeachtet gelassen. Letzteres ist nach der Auflassung erlassen und ergibt, daß auch die Beklagten der Erteilung der Betriebserlaubnis entscheidende Bedeutug für den Vertrag beimaßen ..."

504. Zum Begriff der „Ablieferung" (BGB. § 477 Abs. 1; HGB. § 377 Abs. 1). Urt. vom 5. Mai 08, II 505/07.

„... Nach BGB. § 477 Abs. 1 verjährt der Anspruch auf Wandlung bei beweglichen Sachen — und eine solche war der Apparat mit Zubehör — in sechs Monaten von der Ablieferung. — Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnisse, eine Ablieferung i. S. von § 477 Abs. 1 sei nicht erfolgt. Es führt aus: Der Apparat sollte in der Brennerei der Klägerin zu R. von einem Vertreter der Beklagten betriebsfähig hergestellt und übergeben werden. Dagegen spreche nicht, wenn in den Verkaufsbedingungen der Beklagten die Montierung durch die Beklagte als Nebenleistung übernommen sei und der Preis sich netto ohne Skonto ab Fabrik exklusive Packung zahlbar Hamburg 1/3 bei Bestellung, 1/3 bei Ablieferung, der Rest drei Monate gegen Akzept verstehe. Beide Bestimmungen seien wohl vereinbar mit der Annahme, daß nach Ansicht der Parteien ‚die Lieferung durch Übergabe des nachzuweisendermaßen dem Vertrage gemäß in betriebsfähigen Zustand gesetzten Apparates geschehen sollte' (Abdruck S. 11). Aus einer Reihe (S. 12 des Urteilsabdrucks) erörterter Umstände ergebe sich, daß ‚beide Parteien die Vertragserfüllung erst in der Übergabe des betriebsfähig hergestellten und durch Analyse nachgewiesenermaßen die garantierte Leistung liefernden Apparates erblickt haben' (Abdruck S. 12). Zu einer solchen Übergabe sei es nicht gekommen. — R., ein Angestellter der Beklagten, der im März 1903 noch Arbeiten vornahm, um den Apparat in betriebsfähigen Zustand zu setzen, habe die Übernahme des Apparates nicht verlangt und auch der Brief der Beklagten vom 12. Mai 1903 enthalte nicht die Erklärung, daß die Übernahme verlangt werde. Denn ‚wenn auch die Übergabe nicht buchstäblich ausgedrückt zu werden braucht, so könne sie doch nur in einer dem andern Teile deutlichen, ihm zur Wahrung seiner Rechte Veranlassung gebenden Erklärung des Verlangens um Übernahme bestehen und die Klägerin habe eine rechtsgeschäftliche Erklärung dieses

Inhalts in dem durch das Schreiben vom 12. Mai gemachten bloßen Versuche der Widerlegung ihrer Ansicht von dem Inhalte der Garantie nicht zu erblicken brauchen. Es sei somit zur Übergabe nicht gekommen und deshalb der Beginn der Verjährung nicht nachgewiesen' (Abdruck S. 13).

Die Revisionsklägerin rügt Verletzung des rechtlichen Begriffs der ‚Ablieferung' i. S. BGB. § 477 Abs. 1. Der Angriff ist gerechtfertigt.

Ablieferung i. S. BGB. § 477 Abs. 1 — wie auch i. S. HGB. § 377 Abs. 1 — ist der Vorgang, durch den der Käufer in Erfüllung des Kaufvertrags in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zur Kaufsache kommt, daß er durch einseitigen Akt sich sofort ihren tatsächlichen Gewahrsam verschaffen, sie untersuchen und über sie verfügen kann. Die Ablieferung ist daher nicht identisch mit der Übergabe. Eine Kaufsache kann übergeben, aber noch nicht abgeliefert sein; sie kann aber auch abgeliefert sein, ohne daß sie i. S. BGB. § 433 zum Eigenbesitze übergeben ist. — Die Ablieferung ist danach ferner nicht identisch mit vertragsmäßiger Lieferung. Auch eine mangelhafte, die vertragsmäßige Leistungsfähigkeit nicht erreichende Kaufsache kann ‚abgeliefert' sein. Das ergibt sich aus BGB. § 477. Nach dieser Gesetzesvorschrift ist die Ablieferung gerade der tatsächliche Vorgang, der den Käufer zwingen soll, seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Leistung rechtzeitig zu wahren. Im gegebenen Falle gehörte zu der Erfüllungspflicht der Beklagten als Nebenleistung noch das Montieren des Apparates und es ist durchaus folgerichtig, daß eine Ablieferung i. S. von HGB. § 377 Abs. 1 und noch mehr eine Ablieferung i. S. von BGB. § 477 Abs. 1 für einen solchen Fall die vollendete Montierung vorausgesetzt. Das hat der erkennende Senat bereits in den Urt. vom 5. Dez. 93, II 196/93, JW. 94, 22 Nr. 56 und vom 31. März 03, II 443/02, JW. 03, 244 Nr. 26 ausgesprochen. Es liegt ferner nahe — insbesondere in solchen Fällen, in denen die Montierung und die betriebsfähige Herstellung tatsächlich zusammenfallen —, für die Ablieferung weiter eine Kundgabe an den Käufer zu erfordern, daß die Montierung beendet sei. — Indes allen diesen Erfordernissen und noch der weiteren Anforderung, daß sich der Verkäufer der Kaufsache entäußert und deren Gewahrsam aufgegeben habe, könnten die Schlußsätze des Briefes der Beklagten vom 12. Mai 1903 genügen. Dort schreibt die Beklagte an die Klägerin, sie werde demnächst die ‚Montagerechnung' übersenden, da mit den Reparaturen die bedungene Leistungsfähigkeit erreicht sei. Die oben bezogenen Ausführungen des Berufungsurteils, soweit sie eine Ablieferung nicht als bewiesen ansehen, beruhen auf einer unrichtigen Auffassung des dargelegten rechtlichen Begriffs der Ablieferung und auf einer Verwechslung des letzteren Begriffs mit dem der ‚Übergabe'. Von diesem Ausgange des Berufungsurteils erklärt sich auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß aus dem Schlußsatze des gedachten Briefes vom 12. Mai auf eine Ablieferung nicht geschlossen werden könne.

Allerdings wäre eine Vereinbarung der Parteien rechtlich zulässig, daß die Ablieferung nur dann, wenn weiter noch durch kontradiktorische Übernahme der Nachweis vertragsgemäßer Leistungsfähigkeit erbracht ist, die kurze Verjährung des § 477 Abs. 1 in den Lauf setze, insoweit enthält § 477 Abs. 1 nach seinem Schlußsatze nur dispositives Recht. Eine solche stillschweigende Vereinbarung ist ferner nach Sachlage wenigstens nicht völlig ausgeschlossen. Es erscheint indes recht sehr zweifelhaft, ob die oben wörtlich wiedergegebenen Stellen aus den Urteilsgründen (Abdruck S. 11 u. 12) als genügende Feststellung einer stillschweigenden Vereinbarung dieses Inhalts aufgefaßt werden können. Gegen eine solche Auffassung sprechen insbesondere die Schlußausführungen (Abdruck S. 13).

Danach war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache, die noch weiterer Erörterung in tatsächlicher Beziehung bedarf, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ..."

505. Formlose Abtretung einer Briefgrundschuld (BGB. §§ 518, 1154 Abs. 1, 1192 Abs. 1). Urt. vom 22. April 08, V 513/07.

Die Erblasserin der Kläger hat dem Beklagten 1904 zwei „Hypothekenscheine" des früheren Mecklenburgischen Rechts übergeben mit der Erklärung, er solle sie in Verwahrung nehmen und behalten, als Dank für die treue Erfüllung seiner Kindespflichten und weil er auf Veranlassung der Erblasserin 3000 ℳ an seinen Bruder ausgezahlt habe.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter faßt die im Tatbestande wiedergegebene Erklärung der Erblasserin K., aus der der Beklagte den Erwerb der beiden Grundschulden herleitet, als Schenkung durch Abtretung der Grundschulden auf und verneint die Wirksamkeit der Erklärung, weil die in BGB. § 1154 Abs. 1 (§ 1192 Abs. 1) für die Übertragung von Briefgrundschulden erforderte Schriftform nicht beobachtet sei, die Erklärung auch als Schenkungsversprechen (schenkweise Verpflichtung zur Übertragung der beiden Grundschulden) wegen Mangels der gerichtlichen oder notariellen Form (BGB. § 518) keinen rechtlichen Bestand haben könne. Diese Ausführungen sind zutreffend, soweit die beiden Grundschulden dem Beklagten von der Witwe K. nicht zur Deckung der angeblich seinem Bruder gezahlten 3000 ℳ zugewendet sind. Unrichtig ist insoweit die Meinung der Revision, die formlose Abtretungserklärung als solche habe für das Verhältnis der Kontrahenten untereinander den Übergang der abgetretenen Grundschuld auf den Erwerber zur Folge und der Beobachtung der in BGB. § 1154 Abs. 1 bestimmten Abtretungsform bedürfe es nur, um die Wirksamkeit der Abtretung Dritten gegenüber zu sichern. Vielmehr steht in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung fest, daß die Formvorschrift des zitierten § 1154 für Briefhypotheken (Grundschulden) dieselbe Bedeutung hat, wie das Erfordernis der Umschreibung der Hypothek im Grundbuch gemäß BGB. § 1154 Abs. 3, § 873 Abs. 1 für Buchhypotheken (Grundschulden), ohne ihre Beobachtung also die Abtretungserklärung nur die Wirkung eines pactum de cedendo zu äußern vermag. Letzteres ist aber nur als entgeltlicher Vertrag formfrei. Hat es den Charakter einer Schenkung, so ist es ebenfalls unwirksam, wenn die Beobachtung der Form des BGB. § 518 unterblieben ist. Danach erledigt sich auch der weitere Versuch der Revision, die Wirksamkeit der in Frage kommenden Erklärung trotz ihrer Formlosigkeit daraus herzuleiten, daß sie als persönlicher, nur die Gläubigerin und ihre Erben bindender Verzicht auf Geltendmachung der Rechte aus der Grundschuld aufgefaßt werden könne. Auch ein solcher Verzicht würde wegen des ihm anhaftenden Schenkungscharakters von dem Formzwange des BGB. § 518 nicht befreit sein.

Anders liegt die Sache bei demjenigen Teile der angeblichen Erklärung der Witwe K., inhalts dessen sie dem Beklagten die beiden streitigen Grundschulden auch deshalb hat zuwenden wollen, weil er auf ihre Veranlassung an seinen Bruder 3000 ℳ ausgezahlt habe. Diese Äußerung kann so, wie sie bisher vorgebracht und zum Gegenstand der Verhandlung in der Vorinstanz gemacht ist, nur dahin verstanden werden, daß die Witwe K. insoweit dem Beklagten nichts hat schenken wollen, ihre Absicht vielmehr dahin gegangen ist, ihn für eine Leistung, die er auf ihre Anweisung an einen Dritten bewirkt hat, schadlos zu halten. Hat die Erklärung diesen Sinn gehabt und wird weiterhin festgestellt, daß tatsächlich der Anweisung der Witwe K. gemäß 3000 ℳ von dem Beklagten an seinen Bruder gezahlt worden sind, so ist damit der entgeltliche Charakter der Zuwendung in Höhe von 3000 ℳ dargetan. Es würde demzufolge aus der fraglichen Erklärung sich für die Witwe K. und jetzt für die Kläger als deren Erben die Verpflichtung ergeben, behufs Herbeiführung des Überganges der Grundschulden in angegebener Höhe auf den Beklagten die noch fehlende Vollzugsform nachzuholen d. h. die Abtretungserklärung schriftlich zu wiederholen (vgl. RGZ. 54, 146). Keinesfalls könnten die Kläger ihrerseits in Höhe von 3000 ℳ Zahlung der Grundschulden durch den Beklagten verlangen und sich letzterem gegenüber auf den

Mangel der Vollzugsform für die von ihrer Erblasserin erklärte und ihnen gegenüber wirksame Abtretung berufen (RGZ. 65, 62). Nur dann würde der Rechtsbehelf versagen, wenn angenommen werden müßte, daß ein Fall des BGB. § 139 vorliegt, d. h. daß vermöge der beabsichtigten Einheitlichkeit der ganzen Zuwendung die Witwe K. die letztere überhaupt nicht gemacht haben würde, wenn sie von deren teilweiser, durch den Schenkungscharakter hervorgerufenen Nichtigkeit Kenntnis gehabt hätte. Bleibt dagegen im vorliegenden Falle BGB. § 139 außer Anwendung, so wäre noch weiterhin zu prüfen, in welchem Anteilsverhältnis die beiden Grundschulden von zusammen 6000 ℳ von dem Beklagten wegen der ihm aus ihnen in Höhe von 3000 ℳ zu gewährenden Deckung in Anspruch genommen werden dürfen.

Da über alle vorstehend angegebenen Punkte noch zu verhandeln und Entscheidung zu treffen ist, war gemäß ZPO. § 565 die Sache in vollem Umfange an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . ."

506. Beweislast des Schuldners, wenn eine Schuldurkunde über ein Darlehn ausgestellt ist. Kann eine Bürgschaft gültig durch Ausstellen einer solchen Urkunde erklärt werden? (BGB. §§ 607, 766). Urt. vom 7. Mai 08, VI 349/07.

„. . . Aus einem baren Darlehn kann deshalb, wie eingangs der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils richtig gesagt ist, nicht geklagt werden. Aber die Beklagten haben jedenfalls eine Schuldurkunde über ein Darlehn unterschrieben und sie trifft daher nach den Urteilen des Reichsgerichts (RGZ. 57, 320; JW. 05, 138 Nr. 15, VI 236/05 vom 26. Febr. 06, VI 156/06 vom 13. Dez. 06) die Beweislast, daß auch eine andere Schuld, die gemäß BGB. § 607 Abs. 2 in ein Darlehn umgewandelt worden sein möchte, nicht besteht, d. h. sie haben die Umstände darzulegen, die zur Ausstellung der Schuldurkunde geführt haben und sie müssen dartun, daß sich daraus eine Schuldverpflichtung für sie nicht ergibt. Im gegebenen Falle hat nun nach dem vorgetragenen Tatbestande des landgerichtlichen Urteils die Klägerin, und zwar insoweit in Übereinstimmung mit den Beklagten, einen bestimmten Schuldgrund angegeben, der die Unterlage der Urkunde bildet: eine Bürgschaft für eine Schuld der Frau S. an die Klägerin in Höhe von 4000 ℳ, die sich aus 2300 ℳ einer alten Schuld und 1700 ℳ Darlehn, das die Klägerin der Frau S. zur Deckung der Anzahlung auf das Grundstückskaufgeld an die Beklagten gab, zusammensetzte, stellte den Inhalt der Verpflichtung der Beklagten dar.

Diese Bürgschaftsschuld aber ist nicht gültig, da es für die Bürgschaftsverpflichtung an der in BGB. § 766 vorgeschriebenen schriftlichen Erklärung fehlt; diese wird nicht gedeckt durch einen Schuldschein über ein Darlehn nach BGB. § 607 Abs. 2. Es ist nicht zutreffend, was die Revision auszuführen sucht, daß das Wesentliche der Bürgschaft das Zahlungsversprechen sei, das Wesentliche ist vielmehr das Einstehen für eine fremde Schuld; dieses muß in der schriftlichen Urkunde nach BGB. § 766 seinen Ausdruck gefunden haben (RGZ. 51, 113; 57, 261; 59, 382). Ist die Bürgschaft nur gültig, wenn sie in dieser Weise erklärt ist, so kann es zwar eine Umwandlung der aus einem nach BGB. § 766 gültig abgeschlossenen Bürgschaftsvertrage entstandenen Zahlungsverpflichtung in eine Darlehnsschuld nach BGB. § 607 Abs. 2 geben; nicht aber kann die Bürgschaftsübernahme in dieser Form erklärt werden; die Form des BGB. § 766 kann nicht durch eine andere Schuldbekenntnisform umgangen, eine ungültige Bürgschaftsverpflichtung nicht nach BGB. § 607 Abs. 2 in eine gültige Darlehnsschuld umgewandelt werden.

Damit ist die Entscheidung des Rechtsstreits gegeben. Die Möglichkeiten, daß die Schuldurkunde eine, sei es privative, sei es kumulative, Schuldübernahme oder ein abstraktes Schuldversprechen ausdrücken könnte, scheiden im gegebenen Falle aus; der Vortrag der Klägerin selbst ergibt die Voraus-

setzungen derartiger Schuldverpflichtungen nicht. Für eine sog. privative, den eigentlichen Schuldner befreiende, einen neuen an seine Stelle setzende Schuldübernahme fehlt es an jeder tatsächlichen Unterlage. Die sog. kumulative Schuldübernahme bedeutet in der Mehrzahl der Fälle nur eine Bürgschaft und ist als solche der Form des BGB. § 766 ebenfalls unterworfen (RGZ. 51, 121; 59, 232; 64, 318); sie ist davon befreit nur, wenn sie im Einzelfalle etwas anderes, ein Mehr als eine Bürgschaft ist; das unterscheidende Merkmal ist, daß der Schuldübernehmer ein eigenes Interesse an der Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner und an dem Vertrage, aus welchem die Hauptschuld hervorgegangen ist, haben muß. An der Schuld der Frau S. an die Klägerin von 2300 ℳ hatten die Beklagten nicht das geringste Interesse; hinsichtlich der weiteren 1700 ℳ erscheint es geradezu widersinnig, daß die Beklagten für das Kaufgeld, das sie von der Frau S. zu erhalten hatten, der Klägerin sich als Selbstschuldner erklärt, sich also zu dessen Wiederherauszahlung an diese verpflichtet haben sollten. Der Annahme eines abstrakten Schuldversprechens nach BGB. § 780 steht zunächst die Schuldurkunde selbst entgegen, die als Schuldgrund ein bares Darlehn, über dessen Empfang die Beklagten quittieren, angibt (RGZ. 67, 262); es würde Sache der Klägerin sein, nachzuweisen, daß trotzdem ein abstraktes Schuldversprechen beabsichtigt gewesen sei, die Beklagten eine von jedem Schuldgrund losgelöste Verpflichtung eingehen wollten. Dafür fehlt es an jedem Vorbringen; die akzessorische Natur der Bürgschaft, die von beiden Parteien als der Grund der Verpflichtung angegeben worden ist, widerstrebt dem Inhalte nach einem selbständigen abstrakten Versprechen, so daß, sofern feststeht, daß eine Bürgschaft der Grund des Geschäftes ist, eben deshalb die Absicht, eine abstrakte Verbindlichkeit einzugehen, nicht wohl vorliegen und angenommen werden kann ..."

507. Engagement eines Artisten als Dienstvertrag (BGB. § 611). Urt. vom 8. Mai 08, III 364/07.

„... Nach der Vertragsurkunde vom 30. März 1905 hat die Direktion des H.-Theaters den Artisten B. ‚für die von ihm zu gebenden Vorstellungen als Illusionist mit geändertem Repertoire vom 1. Februar bis 28. Februar 1906 engagiert'. Für die Zeit seines Engagements hat sich B. der Haus- und Geschäftsordnung des H.-Theaters unterworfen. Er hatte also eine dauernde Verpflichtung zur Leistung von Diensten innerhalb eines größeren Organismus, nicht die Herstellung eines bestimmten Arbeitserfolgs übernommen. Ein solcher Vertrag ist ein Dienstvertrag und kein Werkvertrag ..."

508. Ist eine Schiffsmühle ein Bauwerk oder eine Arbeit an einem Grundstücke? (BGB. § 638). Urt. vom 5. Mai 08, III 606/07.

„Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist in beiden Vorinstanzen auf Grund der Annahme abgewiesen, daß dieser Anspruch der sechsmonatigen Verjährung des BGB. § 638 unterliege, diese Frist aber vor Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei. Die Revision greift die Vorentscheidung um deswillen an, weil das Werk, eine Schiffsmühle, als ein Bauwerk oder doch wenigstens als eine Arbeit an einem Grundstück zu erachten sei. Der Revision ist nicht beizutreten.

Wie das Reichsgericht in RGZ. 56 S. 41 ff. mit Rücksicht auf BGB. § 638 aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung und dem Sprachgebrauch dargelegt hat, ist unter einem Bauwerk eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen. Eine solche Verbindung wird dadurch nicht hergestellt, daß auf dem Wasser ruhende Schiffskörper, wie sie auch nach der Darstellung des Klägers die Träger der Schiffsmühle bilden, mit Seilen und Ketten am Lande befestigt werden. Hieran vermöchte auch der von dem Kläger behauptete Umstand nichts zu ändern, daß die Schiffsmühle ohne die Befestigung durch die Ketten sich nicht schwimmend hätte erhalten können, sondern

gesunken wäre. Es fehlt ihr die Verbindung mit dem Erdboden, über welchem sie sich befindet; die überdies nur lose äußerliche Befestigung an dem anstoßenden Lande kann jene dem Bauwerk wesentliche Verbindung mit dem Grund und Boden, auf dem es errichtet ist, nicht ersetzen.

Ebensowenig stellt die Errichtung einer Schiffsmühle eine Arbeit an einem Grundstück i. S. des BGB. § 638 dar; eine solche Arbeit setzt voraus, daß entweder am Grund und Boden selbst Eingriffe vorgenommen oder an den auf ihm errichteten Werken Arbeiten ausgeführt werden.

Ohne Einfluß auf die hier zu entscheidende Frage, ob die Schiffsmühle als ein Bauwerk oder ihre Einrichtung als eine Arbeit an einem Grundstück im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung anzusehen ist, ist der Umstand, daß etwa durch Landesrecht den Schiffsmühlen die rechtliche Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt ist. Für das hier in Betracht kommende Preußische Recht ist dies aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht der Fall; vielmehr sind nur die selbständigen Gerechtigkeiten, zu denen auch die Mühlengerechtigkeit zählt, in bestimmten Beziehungen den Grundstücken gleichgestellt (vgl. PrAGBGB. Art. 40 und PrAGGBO. Art. 22)..."

509. Arrest zur Sicherung der Geldforderung des Unternehmers aus einem Bauvertrage (BGB. § 648; ZPO. § 917). Urt. vom 15. Mai 08, VII 606/07.

„Der Unternehmer eines Bauwerks hat aus BGB. § 648 einen gesetzlichen Anspruch gegen den Besteller auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dessen Baugrundstück in Höhe seiner Werklohnforderung. Der Anspruch geht nicht auf eine bevorzugte Hypothek, sondern auf eine Hypothek schlechthin, also an der zunächst offenen Stelle. Zu seinem Schutze dient die im Wege der einstweiligen Verfügung zu erreichende Eintragung einer Vormerkung (BGB. §§ 883, 885). Der Unternehmer hat aber auch wegen seiner Forderung aus dem Vertrage das jedem persönlichen Gläubiger zustehende prozessuale Schutzmittel des Arrestes nach ZPO. §§ 916 ff. Hierbei handelt es sich nicht um die Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der Hypothek, sondern um die Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen des Anspruchs auf Zahlung der Geldforderung aus dem Bauvertrage. Im vorliegenden Falle haben die Kläger zunächst den ersteren Anspruch auf die Hypothek durch eine einstweilige Verfügung zu verwirklichen gesucht, sind aber wegen Versäumung der in ZPO. §§ 936, 929 Abs. 3 vorgeschriebenen Frist nicht zum Ziele gelangt. Sie hätten ihren Antrag wiederholen und eine neue einstweilige Verfügung ausbringen können, wären dann aber mit ihrer Hypothekenvormerkung hinter die inzwischen zugunsten des Beklagten als Eigentümers des Baugrundstücks eingetragene Grundschuld zu stehen gekommen. Deshalb machten sie nunmehr ihre Geldforderung aus dem Vertrage geltend und beschritten den Weg des Arrestes. Freilich enthielt ihr — ausdrücklich auf ZPO. § 917 verweisendes — Gesuch insofern eine Unklarheit, als der dingliche Arrest in Höhe von 18685,05 ℳ in die Grundschuld ‚zwecks Eintragung einer Sicherungshypothek' begehrt wurde. Es kann nur eine Sicherunsghypothek eingetragen oder vorgemerkt, nicht aber eine Grundschuld zu diesem Zwecke gepfändet werden. Was die Kläger wollten, war indessen nicht zweifelhaft: Die Grundschuld sollte ihnen als Gegenstand der künftigen Befriedigung wegen ihres Geldanspruchs dienen und deshalb in Vollziehung des Arrestbefehls gepfändet werden. So hat auch der Arrestrichter das Gesuch verstanden und die Grundschuld in Höhe von 18686,05 ℳ mit dem Vorrechte vor dem Überrest gepfändet, so daß für die Kläger wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielt war, als wäre für sie die früher beantragte Vormerkung eingetragen. Die Kläger haben auch die Aufrechterhaltung des in dieser Weise vollzogenen Arrestes beantragt, also deutlich zu erkennen gegeben, daß sie in der Tat den Weg des Arrestes, nicht den der einstweiligen Verfügung — der nach Buchung der Grundschuld nicht mehr

gangbar erschien — beschreiten wollten. Die Anordnung des Arrestes setzt aber — im Gegensatze zu der auf die Eintragung der Hypothekenvormerkung gerichteten einstweiligen Verfügung (BGB. § 885 Abs. 1) — die Glaubhaftmachung der Gefährdung des zu sichernden Geldanspruchs voraus (ZPO. § 920 Abs. 2). Es muß zu besorgen und wahrscheinlich gemacht sein, daß ohne die Anlegung des Arrestes die künftige Zwangsvollstreckung vereitelt oder wesentlich erschwert werde (ZPO. § 917 Abs. 1). Dabei kommt nicht in Betracht, daß ein einzelnes bestimmtes Vermögensstück durch Maßnahmen des Schuldners oder aus einem sonstigen Grunde als Gegenstand der Zwangsvollstreckung ausscheidet, wofern nur die Vermögenslage des Schuldners, in ihrer Gesamtheit ins Auge gefaßt, die künftige Vollstreckung nicht als gefährdet erscheinen läßt. Die Belastung eines Grundstücks auch bis zu seinem vollen Werte bildet dann nicht notwendig einen Arrestgrund, wenn genügende anderweite Befriedigungsobjekte außer dem Grundstücke vorhanden sind. Nun führt der Berufungsrichter aus, daß Beklagter nach seiner unwidersprochen gebliebenen Angabe ein wohlsituierter Mann sei und daß irgend welche sonstigen Momente, aus denen die Gefährdung der Kläger zu entnehmen sei, nicht dargetan seien. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Sie tragen die getroffene Entscheidung. Stehen dem Beklagten, wie danach anzunehmen ist, außer seinem Grundstück noch ausreichende Mittel zur Befriedigung der Kläger zu Gebote und spricht nichts dafür, daß er diese — zu denen übrigens auch die für ihn eingetragene Grundschuld gehört — beiseite zu schaffen trachte, so fehlt es an einem Arrestgrunde. Der Berufungsrichter brauchte einen solchen in der Bestellung der Grundschuld nicht zu finden, mochte diese auch gegen die Verwirklichung des Anspruchs der Kläger aus BGB. § 648 gerichtet gewesen sein . . ."

510. Wann ist eine Forderung auf Mäklerlohn entstanden? Anfechtbarkeit ihrer Abtretung (BGB. § 652; AnfG. § 7). Urt. vom 12. Mai 08, VII 281/07.

„Die angeblich gegen die Bayerische Bierbrauerei J. B. Aktiengesellschaft bestehende Provisionsforderung, die die Klägerin auf Grund des Gesellschaftsgründungsvertrages vom 1. Juli 1903 und auch auf Grund der schriftlichen Abtretungserklärung vom 11. Februar 1905 für sich, die Beklagte aber auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 7. Juni 1905 für sich in Anspruch nimmt, hat ihre Grundlage in der Urkunde vom 15. Februar 1902, die ‚J. B., Bayerische Bierbrauerei' dem B. K. ausgestellt hat. Diese Urkunde lautet, soweit sie hier in Betracht kommt, wie folgt:

‚Für den Fall, daß ich meine Firma durch die Bank für Bauindustrie (Brauindustrie?) resp. durch die Herren Gebr. A. beide in D., mit denen ich durch Sie in Verbindung gekommen bin, in eine Aktiengesellschaft umwandle, zahle ich Ihnen eine Provision von 1% der Totalsumme, mit welcher meine Firma gegründet wird . . .

Wenn die Umwandlung meiner Firma in eine Aktiengesellschaft durch Herrn S. M. M. in H. erfolgen sollte, so sind hierfür noch besondere Vereinbarungen, betreffend die Vermittlungsprovision an Sie erforderlich.'

Welcher dieser beiden Fälle tatsächlich eingetreten ist, haben die Vorinstanzen nicht zur Erörterung gebracht. Außer Streit ist nur, daß die Firma J. B., Bayerische Bierbrauerei, in eine Aktiengesellschaft umgewandelt worden ist; ob dies aber durch die Bank für Brauindustrie resp. durch die Herren Gebr. A., oder ob es durch S. M. M. geschehen ist, darüber ist bisher nichts festgestellt.

Das Berufungsgericht meint, daß es sich nach Lage der Sache um eine erst durch künftige Tätigkeit zu erwerbende Forderung gehandelt habe, und daß die Übertragung einer solchen, nur erst in Aussicht stehenden Forderung der (von der Beklagten im Wege der Einrede geltend gemachten) Gläubigeranfechtung nicht unterliege.

Daß aber mindestens in dem ersten jener beiden Fälle durch die von J. B. übernommene Verpflichtung bereits ein gegenwärtiger Vermögenswert an B. K. gelangt war, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. B. K. hatte, wie die Urkunde ergibt, bereits den J. B. mit der Bank für Brauindustrie und mit Gebr. A. ‚in Verbindung' gebracht. Das bedeutet mindestens, daß er dem J. B. die Gelegenheit zum Abschlusse des beabsichtigten Vertrages betreffend Umwandelung der Brauerei in eine Aktiengesellschaft nachgewiesen hatte. Zwei Möglichkeiten bestehen nun (vgl. BGB. § 652). Entweder war der Mäklerlohn für diesen Nachweis allein versprochen, dann hatte B. K. das, was ihm oblag, bereits geleistet und die Verpflichtung zur Entrichtung des Lohnes hing nach der mit der gesetzlichen Vorschrift (§ 652 a. a. O.) übereinstimmenden Abmachung nur noch davon ab, daß die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft infolge jenes Nachweises zustande kam. Gleichviel nun, ob mit dieser Abmachung von den Parteien die Setzung einer wirklichen Bedingung gewollt war, oder ob darin nur die Wiederholung der ohnehin durch das Gesetz (§ 652 a. a. O.) ausgesprochenen Voraussetzung (conditio juris) zu finden ist, — jedenfalls war die Mäklerlohnforderung für den gedachten Fall schon durch das beurkundete Versprechen begründet; sie entstand nicht erst durch den Eintritt jener Bedingung oder Voraussetzung, sondern sie war schon vorher für diesen Fall in dem Vermögen des B. K. vorhanden, sie bildete schon vorher einen zu diesem Vermögen gehörigen Wert, der als solcher bereits bestand, wenngleich seine Größe sich nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit des Eintritts jenes Erfolges richtete. Dieser Wert würde alsdann durch den Vertrag vom 1. Juli 1903, durch den (und nicht erst durch die schriftliche Erklärung vom 11. Februar 1905) nach der Feststellung des Berufungsgerichts die ‚Zuweisung' an die Klägerin erfolgt ist, aus dem Vermögen des Schuldners B. K. an die Klägerin weggegeben sein. Daß hiermit eine Benachteiligung der Gläubiger des B. K., insbesondere eine Benachteiligung der Beklagten, verbunden wäre, bedarf nicht näherer Darlegung. Wesentlich anders würde es sich aber auch nicht in dem zweiten der vorhin als möglich bezeichneten Fälle verhalten, wenn nämlich der Mäklerlohn nicht für den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrages versprochen war, sondern wenn zu diesem Nachweise noch eine weitere, zur Zeit der Beurkundung des Zahlungsversprechens noch nicht geleistete Tätigkeit, die Vermittlung des Vertrages, hinzutreten mußte, um für den Fall des Erfolges die Zahlungspflicht zu begründen. Auch dann bestand bereits eine rechtliche Gebundenheit des Versprechens und, dieser Gebundenheit entsprechend, im Vermögen des Schuldners B. K. eine rechtlich geschützte Anwartschaft, deren Entwicklung zu dem vollständigen Anspruche von der Fortsetzung der bereits begonnenen Tätigkeit und von der Erreichung des Erfolges abhängig war. Kam diese Entwicklung zum Abschlusse, so ließ sich sagen, daß der Mäklerlohn zu einem, nötigenfalls schätzungsweise festzustellenden Teile, schon durch denjenigen Teil der Tätigkeit des Schuldners verdient war, welcher in der Urkunde vom 15. Februar 1902 als bereits geleistet bezeugt ist. Insoweit mindestens würde auch hier nicht, wie es vom Berufungsgerichte geschieht, in dem Vertrage vom 1. Juli 1903 eine der Anfechtung überhaupt entzogene Vorausverfügung über erst noch zu verdienenden Lohn erblickt werden können. Vielmehr würde in diesem beschränkten Umfang, ebenso wie vorhin für den zuerst erörterten Fall in vollem Umfange des versprochenen Mäklerlohnes dargelegt ist, eine die Gläubiger benachteiligende Weggabe aus dem Vermögen des B. K. vorliegen. Auch käme in Frage, ob darüber hinaus eine Benachteiligung der Gläubiger nicht auch darin zu finden wäre, daß für den Schuldner, wenn er den in Aussicht stehenden Verdienst nicht mehr für sich, sondern für die Gesellschaft m. b. H. zu erwarten hatte, mochte diese auch zurzeit nur aus ihm und seiner Ehefrau bestehen, doch der Anreiz zur Fortsetzung und Vollendung der auf jenen Verdienst zu richtenden Tätigkeit sich abschwächen konnte ..."

511. Wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung eines auf längere Zeit eingegangenen Vertragsverhältnisses (BGB. § 723; HGB. § 92). Urt. vom 24. April 08, II 522/07.

Die Parteien schlossen am 10. März 1906 für die Zeit bis zum 31. Dezember 1910 miteinander einen Vertrag, worin sich die Beklagte verpflichtete, der Klägerin zur Errichtung und Führung eines Handelsunternehmens in W., das sich in erster Linie mit Ein- und Ausfuhr von Waren aller Art befassen werde, nach Bedarf Waren bis zum Werte von 200000 ℳ auf Kredit zu liefern, wofür die Klägerin der Beklagten 75000 ℳ Sicherheit zu stellen hatte. Die Beklagte sollte von der Klägerin 6% Zinsen vom jeweiligen Kontokurrentguthaben, 15% Anteil am Reingewinn der Klägerin, eine Generalagentur der Klägerin und eine Einkaufsprovision auf alle für die Klägerin eingekauften Waren erhalten. Auch sollten Bevollmächtigte der Beklagten berechtigt sein, jederzeit die Geschäftsbücher der Klägerin einzusehen, und sollte ihre Jahresbilanz der Beklagten zur Begutachtung und Genehmigung vorgelegt werden. Weiter war bestimmt, daß für jede wissentliche Zuwiderhandlung gegen die Vertragspflichten der vertragsbrüchige Teil eine sofort fällige Strafe von 10000 ℳ zu zahlen habe.

Die Beklagte kündigte den Vertrag nach vorausgegangenen Meinungsverschiedenheiten am 26. November 1906 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und weigerte sich, Waren, die sie zuvor gemäß dem Vertrag an die Klägerin verkauft hatte, die aber erst nach der Kündigung in W. eingetroffen waren, der Klägerin auf Kredit auszuliefern, da sie nach der Kündigung nicht mehr dazu verpflichtet sei. Die Klägerin bestritt die Zulässigkeit der Kündigung und das Recht der Beklagten, die Auslieferung dieser Waren von ihrer sofortigen baren Bezahlung abhängig zu machen.

Die Klägerin hat mit der Klage in zwei Instanzen unter anderem die Vertragsstrafe gefordert, ist aber mit diesem Verlangen abgewiesen worden.

Aus den Gründen:

„. . . Was ferner die Abweisung des zweiten und dritten Klaganspruchs betrifft, soweit diese auf die Zahlung zweier Vertragsstrafen von je 10000 ℳ wegen angeblich ungerechtfertigter Weigerung der Beklagten, die fraglichen, schon vor der Kündigung des Vertrags bestellten Waren der Klägerin ohne vorgängige Barzahlung zu liefern, gerichtet sind, so hat das Berufungsgericht im wesentlichen folgendes ausgeführt: Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung des Vertrags sei eine berechtigte gewesen. In analoger Anwendung des BGB. § 723 und des HGB. § 92 sei grundsätzlich das Recht der Beklagten anzuerkennen, den streitigen Vertrag vor Ablauf der Zeit, für welchen er eingegangen sei, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliege; denn bei so hervorragend auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Verhältnissen dürfe keinem der Kontrahenten zugemutet werden, dann noch länger an den Vertrag gebunden zu sein, wenn die Voraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr vorhanden seien. Wichtige Gründe für die vorzeitige Kündigung des Vertragsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist hätten aber zur Zeit der erfolgten Kündigung für die Beklagte vorgelegen. Die (damals gegebenen, näher dargelegten) Tatsachen und Umstände hätten die Beklagte mit Sorge erfüllen, ihr Vertrauen zur Klägerin erschüttern und ihr den Gedanken nahe legen müssen, die Verbindung mit der Klägerin zu lösen, die mehr Neigung zur weitsichtigen, in ihren Folgen schwer übersehbaren Spekulationen als zu einem ruhigen Warenhandel gehabt habe, wie er der Beklagten als das Gegebene, und zwar mit Recht vorgeschwebt habe. Die Auffassungen der Parteien über die Art der Durchführung ihrer Geschäftsverbindung seien grundsätzlich auseinandergegangen, und zwar dergestalt, daß ein fruchttragendes Zusammenarbeiten derselben habe als ausgeschlossen erscheinen müssen. Schon diese Tatsache allein würde genügt haben, die Vertragskündigung der Beklagten zu rechtfertigen. Verschärfend sei aber noch hinzugekommen, daß die Klägerin

ihrem Standpunkt durch Androhung erheblicher Schadensersatz- und Konventionalstrafansprüche besonderen Nachdruck verleihen zu müssen geglaubt habe. Hiernach sei die Vertragskündigung der Beklagten für berechtigt zu erachten. Dadurch, daß die Beklagte, gestützt auf diese Kündigung, die objektiv berechtigt gewesen sei und die die Beklagte subjektiv für berechtigt habe halten dürfen, die Ausführung von Kaufverträgen in Gemäßheit des Abkommens, d. h. auf Kredit, verweigert und statt dessen Barzahlung verlangt habe, habe sie sich noch keiner wissentlichen Zuwiderhandlung gegen den Vertrag schuldig gemacht, was nach diesem eine Voraussetzung für die Verwirkung der Vertragsstrafe sei.

Auch diese Ausführungen erscheinen als rechtlich einwandfrei.

Vor allem ist auf Grund der ähnliche Vertragsverhältnisse betreffenden Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. die Urt. des 1. ZS. vom 22. Juni 06, JW. 07, 112 Nr. 15 und des 2. ZS. vom 5. Juli 07, II 112/07, Recht 07, 1066 Nr. 2543) die Ansicht des Berufungsgerichts zu billigen, daß ein derartiges, für eine längere Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis, das in besonderem Maße auf gegenseitigem Vertrauen und auf einem verständnisvollen Handinhandarbeiten beider Teile beruht, schon vor dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere, wenn das gegenseitige Vertrauen geschwunden ist und die Voraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr vorhanden sind. Daß im gegebenen Falle alles dieses zutrifft, hat aber das Berufungsgericht mit im wesentlichen tatsächlicher Begründung dargelegt, welche eine Gesetzesverletzung nicht erkennen läßt und in tatsächlicher Hinsicht, namentlich auch bezüglich der Schlüssigkeit der angeführten Tatsachen von dem Revisionsgerichte nicht nachzuprüfen ist. Hiernach erübrigt sich ein näheres Eingehen auf die, einzelne dieser tatsächlichen Annahmen des Berufungsgerichts bekämpfenden bezüglichen Ausführungen der Revisionsklägerin.

Ebenso erscheint die ebenfalls wesentlich tatsächliche und daher insoweit in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfende Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte sich einer etwaigen Vertragsverletzung, welche vielleicht in ihrer Weigerung, die fraglichen Waren ohne vorgängige Barzahlung zu liefern, gefunden werden könnte, jedenfalls nicht bewußt gewesen sei, da die vorausgegangene Kündigung des Vertrags objektiv berechtigt gewesen sei und sie dieselbe subjektiv auch habe für berechtigt halten dürfen, als rechtlich einwandfrei. Die Behauptung der Revisionsklägerin, daß auch ein etwaiger Rechtsirrtum der Beklagten ein wissentliches Zuwiderhandeln derselben gegen den Vertrag nicht ausgeschlossen habe, ist nach der vom Berufungsgerichte der fraglichen Vertragsbestimmung gegebenen Auslegung nicht zutreffend. Die erwähnte Annahme des Berufungsgerichts ist auch geeignet, die hier allein in Rede stehende Abweisung des Anspruchs auf Bezahlung der nur für wissentliche Zuwiderhandlungen gegen den Vertrag bedungenen Vertragsstrafe selbst dann zu rechtfertigen, wenn in dem fraglichen Verhalten der Beklagten, objektiv betrachtet, eine Zuwiderhandlung gegen den Vertrag liegen sollte . . ."

512. Widerruf der an einen Knappschaftsverein erfolgten Abtretung der Ansprüche, die den Erben des Verunglückten aus dem Haftpflichtgesetz zustehen (BGB. §§ 812, 814; HaftpflG. § 1). Urt. vom 14. Mai 08, IV 621/07.

Der Ehemann der Klägerin ist von einem Motorwagen einer Kleinbahn überfahren und getötet worden. Die Kleinbahngesellschaft hat sich ihr vergleichsweise, aber nicht endgültig, zur Entschädigung durch Kapitalabfindung verpflichtet. Der Mann der Klägerin war Mitglied des beklagten Knappschaftsvereins. Der Verein zahlt ihr seit seinem Tode Witwen- und Kindergeld. Sie hat nun urkundlich ihre Ansprüche an die Bahngesellschaft in Höhe der vom Knappschaftsverein an sie gezahlten und noch zu zahlenden Beträge an den

Verein abgetreten, jedoch die Abtretung tags darauf wegen Irrtums und Betrugs angefochten. Auf ihren Antrag ist der Knappschaftsverein in zwei Instanzen verurteilt anzuerkennen, daß die Abtretung ungültig ist.

Aus den Gründen:

„Die Klägerin ist nach BGB. § 812 zum Widerruf ihrer Abtretungserklärung berechtigt, wenn der Beklagte dadurch auf ihre Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Für den Mangel des rechtlichen Grundes — nur hierüber streiten die Parteien — ist sie beweispflichtig. Sie genügt aber dieser ihrer Beweispflicht, wenn sie das Nichtvorhandensein derjenigen Rechtsgründe nachweist, die von dem Beklagten als die Abtretung rechtfertigend geltend gemacht werden. In dieser Beziehung hatte der Beklagte behauptet, die Klägerin sei ihm vertraglich, gesetzlich und moralisch zur Abtretung verpflichtet gewesen. Der Berufungsrichter hat alle diese Verpflichtungsgründe ohne Rechtsirrtum verneint. Darauf, daß Klägerin durch Vertrag gebunden gewesen wäre, ihre Ansprüche an die Kleinbahnen-Aktiengesellschaft dem Beklagten abzutreten, ist dieser selbst in der Revisionsinstanz nicht zurückgekommen. Daß BGB. § 255 seinem Wortlaute nach keine Abtretungsverpflichtung für die Klägerin begründet, wird auch von der Revision nicht verkannt. Der Berufungsrichter hat aber mit Recht auch die sinngemäße Anwendbarkeit des § 255 verneint, da die dort vorgesehene Schadensersatzleistung mit dem satzungsgemäß von dem Beklagten zu leistenden Witwen- und Kindergeld nichts gemein hat und auf einem von dem gesetzlichen Anspruch der Klägerin aus dem Haftpflichtgesetze völlig verschiedenen Tatbestande beruht. Im übrigen hat schon der 6. ZS. des RG. in der Sache H./den Beklagten mit Urt. vom 24. Febr. 08 (zum Abdruck bestimmt) ausgeführt, daß die besonderen gesetzlichen Vorschriften, nach denen die Empfänger von Unterstützungen auf Grund der gewerblichen Versicherungsgesetze ihre Ansprüche an den dritten Beschädiger zum Teil an die Berufsgenossenschaften usw. verlieren, auf die Knappschaftsvereine nicht ausgedehnt sind und daß auch in HaftpflG. § 4 — dessen besondere Voraussetzungen im Streitfalle nicht gegeben sind — ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts nicht zu finden ist, der Verletzte könne wegen derselben Verletzung niemals eine zweifache Entschädigung fordern. Der jetzt erkennende Senat schließt sich diesen Ausführungen an. Wenn der Beklagte endlich eine sog. ‚moralische' Verpflichtung der Klägerin zur Abtretung behauptet, so kann nicht wohl die Rede davon sein, daß sie i. S. des BGB. § 814 einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen habe. Angenommen, daß die Kleinbahnen-Aktiengesellschaft aus dem Bezuge des Witwengeldes keinen Einwand gegen den von der Klägerin im Prozesse verfolgten Entschädigungsanspruch hergeleitet hatte, so bestand für die Klägerin keine Veranlassung, den hierdurch etwa erlangten Vermögensvorteil dem Beklagten zuzuwenden. Daß aber die Klägerin gewußt hätte, sie sei zur Abtretung nicht verpflichtet und daß sie aus diesem Grunde zur Rückforderung der Leistung nicht berechtigt sei (BGB. § 814), war vom Beklagten selbst nicht behauptet. Nach seiner Darstellung soll vielmehr sein Vertrauensmann bei der Verhandlung mit der Klägerin ausdrücklich hervorgehoben haben: die Kasse verlange von ihr nichts, was sie nicht verlangen dürfe.

Nach alledem mußte die Revision als unbegründet zurückgewiesen und über die Kosten gemäß ZPO. § 97 Abs. 1 erkannt werden."

513. **1. Anwendung von BGB. § 814 auf die Erfüllung nichtiger Börsentermingeschäfte. Ist die Berufung auf die Nichtigkeit dann Arglist, wenn der sich darauf Berufende selbst das Geschäft als Vertreter der andern Partei abgeschlossen hat?** (BGB. § 814; BörsG. § 66 a. F.). **2. Voraussetzung der Vorabentscheidung über den Grund** (ZPO. § 304). Urt. vom 9. Mai 08, I 688/07.

„. . . Die Arglist des Klägers will die Beklagte lediglich darin sehen, daß er sich zur Verteidigung gegen die Gegenforderung auf BörsG. § 66 be-

ruft. Damit aber kann sie nicht gehört werden. Im Rechtssinne stellt sich die Berufung auf die Unwirksamkeit eines Börsentermingeschäfts ebensowenig als Arglist dar, wie die Berufung auf die Nichtbeobachtung der für ein Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form oder auf sonstige Nichtigkeitsgründe (vgl. auch das Urt. des erkennenden Senats vom 12. Febr. 08 in Sachen G. gegen K. u. D. B., Rep. I 174/07).

Daran wird dadurch nichts geändert, daß hier der eigentümliche Fall vorliegt, daß der Kläger selbst als Vertreter der Beklagten in deren Namen an der Börse die Geschäfte abgeschlossen hat, auf deren Vollziehung sein Auftrag an die Beklagte ging. Dieser Umstand ist bereits in dem früheren Revisionsurteile rechtlich gewürdigt und es ist ausgesprochen worden, daß damit das Kommissionsverhältnis der Parteien keine hier einschlagende Abwandlung erfahre. Daher muß es auch bei dem Rechtssatze des BörsG. § 66 Abs. 2 verbleiben, wonach durch die Erteilung und Übernahme von Aufträgen zu Börsentermingeschäften ein Schuldverhältnis nicht begründet wird.

Ein zweiter Angriff der Revision bezieht sich auf die Aufrechnung mit den Gewinnen aus verbotenen und nichtigen Börsentermingeschäften, die die Beklagte dem Kläger bis Ende Januar 1904 in ihren Abrechnungen gutgebracht hatte. Im früheren Rechtszuge hat das Reichsgericht die Gründe mißbilligt, womit das Kammergericht diese Gegenforderung damals zurückgewiesen hatte. Jetzt ist die Zurückweisung aus einem andern Grunde erfolgt. Das Kammergericht stellt nach einer neuen Behauptung des Klägers fest, daß der Beklagten die Ungültigkeit dieser Geschäfte bekannt gewesen sei, daß sie aber in Kenntnis dieses Umstandes die Verrechnung zugunsten des Klägers vorgenommen habe und ihrem Anspruche daher die Vorschrift des BGB. § 814 entgegenstehe.

Die Begründung verstößt nicht gegen ZPO. § 565 Abs. 2, wie die Revision glaubt. Daß die Verrechnung dieser Geschäftsgewinne von der Beklagten in Kenntnis der Verbotsnatur der Geschäfte vorgenommen sei, ist eine Behauptung, die in dem ersten Rechtszuge nicht aufgestellt war und daher auch in dem früheren Urteile des Reichsgerichts keine Berücksichtigung finden konnte. Mißbilligt hat das Reichsgericht damals nur die Meinung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne neben ihrem grundsätzlichen Standpunkte, daß alle Geschäfte der Parteien gültige Kassageschäfte seien, hilfsweise nicht auch die Nichtigkeit eines Teiles der Geschäfte zu ihren Gunsten geltend machen.

Auch sonst ist die jetzt getroffene Entscheidung zu diesem Punkte rechtlich einwandfrei. Die Anwendbarkeit des BGB. § 814 auf die Erfüllung verbotener und deswegen nichtiger Börsentermingeschäfte hat der Senat bereits wiederholt anerkannt: Urt. vom 14. Okt. 03, Rep. I 130/03 (HoldheimsMSchr. 04, 71); Urt. vom 30. Mai 04, Rep. I 54/04 (a. a. O. S. 254). Die Feststellung aber, daß die Beklagte bei der vertragsmäßigen Aufrechnung der fraglichen Gewinnposten gewußt habe, daß sie zur Erfüllung der Geschäfte nicht verpflichtet war, ist tatsächlicher Natur. Was die Revision zur Bekämpfung dieser Annahme vorbringt, überschreitet die dem Rechtsmittel gezogenen Schranken und kann keine Beachtung beanspruchen.

Da auch im übrigen die Entscheidung des Berufungsgerichts Verstöße gegen das materielle Recht nicht erkennen läßt, so würde die Revision zurückzuweisen sein, wenn die Beklagte nicht noch einen weiteren prozeßrechtlichen Angriff erhoben hätte, der sich gegen die Form des erlassenen Urteils wendet.

Wie die Entscheidungsgründe im Eingange erwähnen, ist die auf 25420,50 ℳ ermäßigte Klagforderung an und für sich nicht mehr bestritten gewesen. Streit hat nur noch über die Abzüge bestanden, die die Beklagte mit Rücksicht auf ihre Gegenforderungen machen wollte. Das angefochtene Urteil erklärt in den Gründen diese Gegenforderungen zum Teil für nicht bestehend und zum Teil für begründet, und es spricht für einen dritten Teil aus, daß sie einer weiteren Aufklärung bedürftig seien. Dieser dritte Teil besteht aus zwei Debetposten

der Rechnung Bl. 10 Bd. III im Betrage von 3,25 ℳ und 119,35 ℳ, zusammen also 122,60 ℳ (Urteil S. 17 oben). Abgesehen von diesem Betrage berechnet das Kammergericht die Restforderung des Klägers nach Vornahme der berechtigten Abzüge der Beklagten auf 20466,97 ℳ (S. 16). Es ergibt sich also, daß es die Gegenforderungen zu dem Betrage von 4953,53 ℳ für begründet erachtet: 25420,50 ℳ minus 20466,97 ℳ.

Bei diesem Ergebnisse durfte, wie die Revision mit Recht gerügt hat, ein Urteil nach § 304, das den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte und die Sache zur anderweiten Verhandlung über den Betrag des Anspruchs in die erste Instanz zurückverwies, nicht erlassen werden. Das Zwischenurteil nach § 304 hat zur Voraussetzung, daß ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Hier war der Klaganspruch überhaupt nicht mehr streitig. Streit bestand nur über die Aufrechnungseinreden der Beklagten. Die Erledigung der Aufrechnungseinrede aber betrifft den Grund des Klaganspruches (RGZ. 52, 28). Dazu kommt, daß eine Zurückverweisung in die erste Instanz nach § 538 Abs. 1 nur erfolgen darf, insofern eine weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist. Dazu wäre hier überhaupt nur wegen des Betrages von 122,60 ℳ Raum gewesen, für den das Berufungsgericht noch eine weitere Aufklärung für erforderlich hält. Alles übrige aber ist vom Berufungsgericht selbst in den Gründen spruchreif erledigt in bezug auf Grund und Betrag. Aber auch diese 122,60 ℳ mußten vom Berufungsgericht selbst erledigt werden, weil sie einen Bestandteil der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung bilden.

Hiernach unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung. Dies hat nach ZPO. § 565 Abs. 3 Nr. 1 zur Folge, daß das Revisionsgericht, soweit die Sache spruchreif ist, ein solches Urteil an die Stelle des Berufungsurteils zu setzen hat, wie es das Berufungsgericht hätte erlassen sollen. Hiernach war unter gleichzeitiger Abänderung des Urteils der ersten Instanz die Beklagte zur Zahlung des einredefreien Teiles der Klagforderung nebst Zinsen zu verurteilen (20466,67 ℳ minus 122,60 ℳ), die Klage aber für den Betrag von 4953,53 ℳ nebst Zinsen abzuweisen. Für den nicht spruchreifen Teil der Klagforderung aber (122,60 ℳ) mußte nach ZPO. § 565 Abs. 1 Zurückverweisung an das Berufungsgericht erfolgen . . ."

514. Verletzung durch die elektrische Leitung eines von einer kleineren Gemeinde betriebenen Elektrizitätswerkes. Maß der Sorgfalt beim Betrieb und bei der Leitung des Betriebs. Notwendigkeit der Beaufsichtigung durch einen Techniker (BGB. §§ 823, 831). Urt. vom 27. April 08, VI 366/07.

„Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich folgender Sachverhalt:

In dem dem Beklagten B. gehörigen, zum Betrieb der Schankwirtschaft eingerichteten Grundstück, in dem sich der Unfall ereignet hat, bestand elektrische Beleuchtung, den Strom dazu lieferte in einer Spannung von etwa 100 Volt das von der Beklagten betriebene Elektrizitätswerk, dem seit 1898 der Betriebsleiter E. N. vorstand. In dem Garten der Wirtschaft war eine Klingelanlage in der Weise hergestellt worden, daß von einem Baume aus ein ungeschützter Eisendraht nach einer an einem der Wirtschaftsgebäude aufgehängten Glocke gespannt und an dem Baume eine Zugvorrichtung angebracht war, durch welche die Glocke zum Ertönen gebracht werden konnte. Im Jahre 1895 war durch den Installateur B. die elektrische Beleuchtung auf eine Laube des Gartens ausgedehnt worden, dabei waren die Kupferdrähte, die den Strom den elektrischen Lampen zuführten, so angebracht, daß sie die Linie, in welcher der Klingeldraht lief, oberhalb desselben kreuzten; der Abstand hatte ursprünglich ca. 50 cm betragen, die Kupferdrähte hatten sich aber allmählich so weit gesenkt, daß der unterste von ihnen den Draht der Klingelleitung berührte.

In dem von der Firma Sch. & Ko. eingerichteten Elektrizitätswerke wurde Elektrizität von 2000 Volt erzeugt, und zur Verwendung zu Beleuchtungszwecken Transformatoren zugeführt, in denen sie in einen Niederspannungsstrom von ca. 100 Volt umgewandelt und von denen aus in dieser Spannung den Verbrauchsstellen zugeleitet wurde.

Am Unfallstage hatte bei einem starken Gewitter, das über C. niederging, ein Blitz einen der Transformatoren getroffen und so beschädigt, daß der dem Transformator von dem Elektrizitätswerk zufließende Hochspannungsstrom ohne Umwandlung in einen Niederspannungsstrom in die zu den Verbrauchsstellen führenden Leitungen gelangen konnte.

Der in dem Elektrizitätswerk beschäftigte Maschinist K. machte, als er am Abend des Unfalltages die Bedienung der Anlage übernahm, die Wahrnehmung, daß die Außenleitung nicht in Ordnung sei, es war ihm nicht möglich, die Spannung auf 2000 Volt zu bringen. Bei den von ihm angestellten Versuchen ließ K. die Anschaltung des Netzes an die Maschine nicht, wie es mit Rücksicht auf die sonst drohenden Gefahren hätte geschehen sollen, immer nur wenige Sekunden bestehen, sondern etwas länger. Infolgedessen war zu der Zeit, als die auffälligen Erscheinungen an dem Baume in dem Restaurationsgarten wahrgenommen wurden, ein Strom von mindestens 500 Volt in die Leitung, durch welche die Lampen in der Laube gespeist wurden, und aus dieser Leitung in den mit ihr in Berührung stehenden Klingeldraht eingetreten; die Folge hiervon ist gewesen, daß H., als er den Klingelzug zu beseitigen unternahm, von dem elektrischen Strom getötet wurde.

Das Berufungsgericht nimmt endlich an, daß für die Hochspannungsleitung des Elektrizitätswerkes nicht genug Blitzableiter angebracht, dieser Mangel auch nicht durch andere Sicherungsvorrichtungen ausgeglichen gewesen, und hierin eine der Ursachen des Unfalls zu erblicken sei.

Auf Grund dieser Feststellungen gelangt die Vorinstanz zu dem Ergebnis, der Tod H.s sei auch dadurch herbeigeführt worden, daß es an zureichenden Schutzvorrichtungen gegen Blitzgefahr gefehlt, daß K. in der vorstehends bezeichneten Weise unsachgemäß gehandelt, und daß in dem Garten der B.schen Schankwirtschaft ein ordnungswidriger Zustand insofern bestanden habe, als der eine Draht der elektrischen Leitung sich mit dem Draht der Klingelanlage berührt habe, und sie nimmt an, daß diese Umstände von der Beklagten zu vertreten seien.

In dieser Beziehung gehen die Ausführungen des Berufungsurteils dahin: Der Betriebsleiter N. sei nicht technisch vorgebildet gewesen, er habe zunächst als Maschinist, dann als Maschinenmeister in Fabriken, in denen elektrische Anlagen bestanden hätten, später auch in Elektrizitätswerken gearbeitet und sich bemüht, seine bei dieser Tätigkeit gewonnenen Erfahrungen und Kenntnisse durch Lesen von Lehrbüchern und Fachzeitschriften zu ergänzen und zu vertiefen. Er sei an sich ein sorgsamer und zuverlässiger Mann und vermöge der Kenntnisse und Fertigkeiten, die er sich in der bezeichneten Weise erworben gehabt, auch zur Leitung eines Unternehmens, wie es das C.sche Elektrizitätswerk sei, befähigt gewesen, es hätte aber dann noch einer Oberleitung und Oberaufsicht durch einen fachmännisch ausgebildeten Elektrotechniker bedurft, der befähigt gewesen wäre, die der stetig fortschreitenden Technik entsprechenden Maßnahmen zur Abwendung von Gefahren herbeizuführen und das Betriebspersonal besser, als es N. möglich war, mit Anweisungen zu versehen. Es sei anzunehmen, daß, wenn für eine solche Oberaufsicht gesorgt gewesen wäre, dem Mangel zureichender Sicherung gegen Blitzgefahr abgeholfen worden wäre, und K. am Unfalltage den von ihm begangenen Fehler nicht gemacht hätte. Solange die Gemeinde nicht durch organisatorische Einrichtungen ihres Betriebes Garantie dagegen geschaffen habe, daß die Stromabnehmer und die bei diesen verkehrenden Personen gegen schädliche Einwirkungen ihres Betriebes, insbesondere gegen die Gefahren des Übertritts hochgespannter Ströme

in Niederspannungsleitungen durch alle nach dem Stande der Technik möglichen Einrichtungen geschützt wurden, habe sie auch die Revisionen an den Abnahmestellen darauf, ob dort etwa Fehlgriffe bei der Anlegung von Leitungen vorgekommen seien, erstrecken und auf die Abwendung der Gefahr, die dadurch etwa erwachsen sei, hinwirken müssen.

Die Revision rügt, die Vorinstanz habe bei den Erwägungen, auf die sie die Entscheidung gestützt habe, die Anforderungen an eine Landgemeinde, die in kleinerem, ihren Verhältnissen entsprechenden Umfange in gemeinnützigem Interesse ein Elektrizitätswerk eingerichtet habe, überspannt, indem sie dabei einen Maßstab angelegt habe, der vielleicht in größeren Verhältnissen richtig sein möge, aber für Landgemeinden mit geringer finanzieller Leistungsfähigkeit nicht passe. Jedenfalls sei den gesetzlichen Vertretern der beklagten Gemeinde kein Vorwurf zu machen, wenn sie die Leitung des Werkes einem praktisch erfahrenen Manne, dem beste Zeugnisse zur Seite gestanden hätten, übertragen hätten. Da sie die Herstellung und Einrichtung des Werkes einer Firma anvertraut gehabt hätten, die sich allgemein des besten Rufes erfreut habe, so hätten sie sich auch darauf verlassen dürfen, daß die Anlage betreffs der Sicherung gegen Blitzgefahr ebenfalls allen Anforderungen genüge.

Diese Angriffe können keinen Erfolg haben.

Es handelt sich um ein von der beklagten Gemeinde ins Leben gerufenes gewerbliches Unternehmen. Nach der auf dem Gutachten Sachverständiger beruhenden Annahme der Vorinstanz war es bei dem Umfang und der Gestaltung des Betriebes zur Abwendung der Gefahren, welche der Betrieb von Elektrizitätswerken mit sich bringt, nötig, daß an der Leitung des Werkes ein fachmännisch gebildeter Techniker zum mindesten in der Weise beteiligt wurde, daß ihm die Oberaufsicht übertragen wurde. Bei dieser Annahme handelt es sich um eine tatsächliche Würdigung; bei dieser ist die Vorinstanz mit Recht davon ausgegangen, daß bei gewerblichen Unternehmungen der in Rede stehenden Art für die Bemessung der Pflichten des Unternehmers zur Abwendung der Gefahren, die anderen aus dem Betriebe erwachsen können, auf den Umstand, daß sie von einer öffentlichrechtlichen Korporation zum besten desjenigen Personenkreises, dessen Interesse die Korporation wahrzunehmen hat, geschaffen worden sind, und auf die größere oder geringere finanzielle Leistungsfähigkeit der Korporation kein Gewicht gelegt werden kann. Übrigens hat das Oberlandesgericht nicht angenommen, daß ein Techniker an dem Werke dergestalt hätte angestellt werden müssen, daß er ihm seine Arbeitskraft ganz oder auch nur überwiegend widmete, seine Meinung geht vielmehr offenbar nur dahin, daß ein Techniker habe gewonnen werden müssen, der in angemessenen Zeitabschnitten sich von dem Stande des Werks und der damit verbundenen Anlagen und von der Art des Betriebes überzeugte und darauf hinwirkte, daß das Werk in seinen Einrichtungen und in der Art seines Betriebes dauernd dem entsprach, was nach dem jeweiligen Stande der Elektrotechnik bei dem Werke der Beklagten zur Abwendung von Gefahren vernünftigerweise verlangt und geleistet werden konnte. Es ist zumal bei der günstigen Lage von C. keineswegs anzunehmen, daß die Gewinnung einer solchen Kraft nicht möglich oder auch nur mit einem im Verhältnis zu dem Umfange des Werks sehr hohen Aufwande ausführbar gewesen wäre, die Beklagte hat auch in den Vorinstanzen nicht versucht, darzulegen, daß dies der Fall gewesen wäre.

Von der Vorinstanz ist entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen U. angenommen worden, bei dem Elektrizitätswerk der Beklagten seien nicht Blitzableiter in genügender Zahl vorhanden gewesen, und dieser Mangel sei auch nicht durch anderweitige Sicherungsmaßregeln ausgeglichen gewesen. Die Revision meint, hierauf könne ein Verschulden der Beklagten nicht gestützt werden, denn nach ihren unbestritten gebliebenen Anführungen im Berufungsverfahren habe sie in den Jahren 1900/1901 die vorhandenen Blitzableitungen

durch die Firma Sch. & Ko. in N. vermehren lassen, und bei dem Ansehen, das diese Firma allgemein genieße, habe sie sich darauf verlassen dürfen, daß nach dieser Maßnahme das Werk auch bezüglich der Sicherung gegen Blitzgefahr allen Anforderungen entspreche. Auch dieser Angriff ist nicht beachtlich. Die Beklagte hat in der Vorinstanz nicht behauptet, daß die Vermehrung der Blitzableiter der Firma Sch. & Ko. in der Weise übertragen gewesen sei, daß dieser überlassen gewesen wäre, nach ihrem Ermessen die erforderlichen Sicherungen gegen Blitzgefahr anzubringen, ebensowenig, daß sie ein Gutachten von Sch. & Ko. darüber, welche Sicherungen diese Firma für erforderlich halte, eingeholt und auf Grund desselben die Bestellung bewirkt habe, ihr Anführen (S. 7 Nr. 1 des Berufungsurteils) kann vielmehr nur dahin verstanden werden, daß sie diejenigen Blitzableiter, die ihr Betriebsleiter N. für erforderlich gehalten, durch die Firma Sch. & Ko. habe ausführen lassen. Übrigens hat das Oberlandesgericht, auch hierin dem Gutachten des Sachverständigen folgend, angenommen, daß bezüglich derjenigen Einrichtungen, welche zur Abwendung der mit dem Betrieb eines Elektrizitätswerks verbundenen Gefahren dienen, fortlaufend die den Fortschritten der Technik entsprechenden Einrichtungen hätten getroffen werden müssen, und für festgestellt erachtet, daß die Einrichtungen, die zur Zeit des Unfalls bei dem C.schen Werke bestanden, denjenigen Anforderungen nicht entsprochen hätten, die zu dieser Zeit nach dem damaligen Stande der Elektrotechnik für erforderlich gehalten wurden, und daß dieser Mangel darauf beruht habe, daß es bei der Leitung des Werks an einem technischen Beirat von umfassender Fachkenntnis gefehlt habe. Diese Erwägungen sind, soweit sie der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegen, nicht zu beanstanden.

Unbegründet ist es endlich auch, wenn die Revision geltend macht, es enthalte jedenfalls kein Verschulden, wenn die Gemeindevertretung angenommen habe, daß N. eine zur Leitung des Elektrizitätswerks geeignete Person sei. Ein Verschulden liegt allerdings nicht darin, daß die Gemeindevertreter ihrerseits die Frage, ob dem N. allein und ohne eine Oberaufsicht die Leitung des Werkes anvertraut werden dürfe, nicht richtig beurteilt haben. Darum handelt es sich aber auch nicht. Die Beantwortung der Frage, welche Ansprüche an einen Mann, der an die Spitze eines Elektrizitätswerks, wie es in C. besteht, gestellt werden soll, betreffs seines technischen Wissens und Könnens gemacht werden müssen, erfordert selbst wieder ein erhebliches Maß von Einsicht betreffs der Einrichtung eines Elektrizitätswerks und der dazu gehörigen Außenanlagen sowie betreffs der Vorgänge, die sich bei dem Betriebe regelmäßig oder beim Eintritt gewisser Ereignisse abspielen. Es liegt daher in der Natur der Sache, daß jene Frage von Laien überhaupt nicht in genügender Weise beurteilt werden kann, daß sie vielmehr darauf angewiesen sind, sich des Rats von Sachverständigen zu bedienen. Die Vorinstanz hat ausdrücklich festgestellt, daß zur Zeit des Unfalls weder der Gemeindevorsteher noch die Mitglieder des ihm beigegebenen Lichtausschusses eine Einsicht der bezeichneten Art gehabt hätten, und von den Beklagten ist nirgends behauptet worden, daß die Verhältnisse zu der Zeit, wo N. als Leiter des Werks angestellt wurde, anders gelegen hätten, ebensowenig aber auch, daß seitens der Gemeindevertretung ein Sachverständiger darüber gehört worden sei, ob N. nach seinem Lebensgange und nach den über ihn eingezogenen Erkundigungen und seinen Zeugnissen dazu geeignet sei, allein und ohne Überwachung durch einen Techniker das C.sche Werk sachgemäß zu leiten. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz angenommen hat, die gesetzlichen Vertreter der beklagten Gemeinde hätten bezüglich der Art, wie die Leitung des Werks gestaltet worden sei, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht betätigt.

Hiernach und da auch sonst gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz beachtliche Bedenken nicht vorliegen, mußte die Revision zurückgewiesen und im Kostenpunkte nach ZPO. § 97 Abs. 1 erkannt werden."

515. Verletzung von Kindern der Angestellten einer Fabrik beim Spielen mit Fabrikloris (BGB. §§ 31, 823, 831). Urt. vom 30. April 08, VI 291/07.

„Das Berufungsgericht hat die Beklagte nach BGB. §§ 823, 842 ff., 31 zum Schadenserſatze für verpflichtet erachtet, weil ihr Geschäftsführer, der Fabrikdirektor G., den Unfall des Klägers durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verursacht habe. G. habe gewußt, daß seine eigenen Kinder, wie die Kinder anderer Angestellten der Fabrik in den Räumen derselben zu spielen pflegten. Der Maschinenmeister T. und der Reparateur S. hätten — letzterer mehrmals — die Kinder beim Spielen mit den Loris betroffen und dies ihnen untersagt. Es sei anzunehmen, daß auch der Direktor G. hiervon Kenntnis erhalten hatte. Jedenfalls habe er damit rechnen müssen, daß die Kinder, die während des Ruhens des Fabrikbetriebs ungehindert in den ganzen Räumen der Fabrik sich bewegen konnten, auf jenes Spiel, das bei der genannten Gleisbahn einen besonderen Reiz ausüben mußte, verfallen könnten. Bloße Verbote und Zurechtweisungen seien erfahrungsgemäß nicht ausreichend, um Knaben von 12—15 Jahren von derartigen Belustigungen, wenn sich ihnen die Gelegenheit dazu biete, abzuhalten. Die Beklagte, deren Beamte die Gefährlichkeit dieses Spiels erkannten und notwendig erkennen mußten, sei daher verpflichtet gewesen, das Spielen zu verhindern. Sie habe dies in einfacher und leichter Weise tun können, indem sie an den Tagen, an denen der Fabrikbetrieb stillstand, die den Zugang zu dem Wagenstand vermittelnden Schiebetore des Lagerraums verschloß. Die Unterbringung der Wagen in der Schälerei und die Anstellung eines Wächters habe, wie die Beklagte sich sagen mußte, die mißbräuchliche Benutzung der Wagen nicht hindern können. Der Wächter (der für die Nacht und für Sonntage angestellt war) brauchte zu einem Rundgang durch die ganze Fabrik annähernd ¾ Stunde.

Andererseits nimmt das Berufungsgericht an, daß auch ein eigenes Verschulden des Klägers zu dem Unfalle mitgewirkt habe.

Die Revision der Beklagten, welche das BGB. §§ 823, 831, 842 ff., 31 u. 254, sowie die ZPO. § 286 als verletzt bezeichnet, ist der Meinung, daß das Berufungsgericht zu Unrecht überhaupt ein Verschulden auf seiten der Beklagten als vorliegend angenommen habe. Der Direktor G. habe seiner Pflicht vollauf genügt, indem er den Kindern das Spielen mit den Loris untersagte und auch durch seine Untergebenen es untersagen ließ. Da es sich nur um Kinder von Angestellten der Fabrik, nicht um fremde Kinder gehandelt habe, so habe er darauf rechnen dürfen, daß auch die anderen Angestellten ihre Kinder von dem gefährlichen Spiele abhalten würden. Der Revision ist in dieser Auffassung nicht beizutreten. Das Berufungsgericht hat mit zutreffenden Gründen auf die für derartige Fälle ungenügende Wirksamkeit bloßer Verbote und Zurechtweisungen hingewiesen. Der Umstand, daß die Loris in einem umfriedigten Raume aufgestellt waren, machte weitere Vorsichtsmaßregeln hier nicht unnötig, da der nicht verschlossene und nicht verschließbare Wagenraum den auf den Fabrikhöfen sich tummelnden Kindern ungehindert zugänglich war, solange der Fabrikbetrieb ruhte. Und zumal wenn der Fabrikleiter, wie das Berufungsgericht annimmt, davon Kenntnis erhalten hatte, daß die Kinder schon mehrmals bei dem Spielen mit den Loris betroffen worden waren, so hatte er alle Veranlassung, diesem gefährlichen Treiben in wirksamerer Weise vorzubeugen. Tatsächlicher Art ist die Feststellung, daß ein Verschließen des Wagenraums während der Zeit des Stillstehens des Fabrikbetriebs für die Beklagte leicht auszuführen war, und mit der Anforderung einer derartigen Maßregel ist der Beklagten auch nach Maßgabe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht zu viel zugemutet. Die Anstellung eines Wächters konnte jedenfalls bei der im vorliegenden Falle getroffenen Einrichtung keine sichere Gewähr für die Verhütung der Gefahr bieten. Daß die beklagte Gesellschaft ein Verschulden ihres Geschäftsführers gemäß BGB. § 31 in Verb. mit GmbHG. § 13 Abs. 1, § 35 Abs. 1 zu vertreten hat, unterliegt keinem Zweifel . . .“

516. Vorsätzliche Schädigung durch die Geltendmachung eines zugleich anfechtbaren Vertrags. Anspruch auf Schadensersatz neben dem Anspruch aus AnfG. § 7 (BGB. §§ 823, 826; AnfG. § 7). Urt. vom 23. Mai 08, VI 377/07.

Der Kläger hatte bei der Firma S. & M. eine Setzereieinrichtung pfänden lassen. Der Beklagte erhob Widerspruchsklage und erlangte die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund der Behauptung, daß er nach einem mit S. & M. am 30. Juni 1902 geschlossenen Vertrag Eigentümer sei. Die Klage ist später rechtskräftig abgewiesen worden.

Im gegenwärtigen Prozeß fordert der Kläger Schadensersatz, weil der Beklagte trotz des Bewußtseins, daß er kein Recht an der Setzereieinrichtung habe, oder mindestens fahrlässig die Widerspruchsklage erhoben und die Einstellung erwirkt habe. Dadurch habe er es ermöglicht, daß die Einrichtung anderweit benutzt und durch Abnutzung entwertet worden sei, auch seien dem Kläger Transport- und Lagerkosten und Zinsverluste entstanden.

Die Klage ist abgewiesen, die Berufung zurückgewiesen. Auf die Revision ist die Sache zur anderweiten Verhandlung zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„... Das Berufungsurteil gibt aber auch sonst noch zu Bedenken Anlaß. Nach der Ausführung (S. 20) scheint das Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Vertrag vom 30. Juni 1902 in der Tat anfechtbar war. Würde nun mit dem Urteil im Vorprozeß davon auszugehen sein, daß die Anfechtbarkeit darauf beruhte, daß S. & M. den Vertrag in der dem Beklagten bekannten Absicht abgeschlossen haben, um unter dem Vorwand einer Sicherung des Beklagten sich im wesentlichen ihres gesamten pfändbaren Besitztums zu entledigen und es in die Hände des Beklagten zu spielen (AnfG. § 3 Nr. 1), so lag schon in dem Vertragsabschluß auch auf seiten des Beklagten eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung. Indem nun der Beklagte unter diesen Umständen von dem durch den Vertrag erlangten Rechte dem Kläger gegenüber Gebrauch machte, also ihm ein Befriedigungsobjekt zu entziehen versuchte, handelte er ebenfalls in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise und in dem Bewußtsein, daß der Kläger dadurch geschädigt werden könne. Dies verkennt das Berufungsgericht vollständig, wenn es darauf Gewicht legt, daß der Vertrag nur dem anfechtenden Gläubiger gegenüber unwirksam sei, und zwar um so mehr, als eben der Kläger den Vertrag angefochten hat, wenn es betont, daß zur Zeit des Übergangs des Geschäfts auf die verehel. M. das Urteil des Kammergerichts noch nicht ergangen war, so daß aus der in diesem ausgesprochenen Klagabweisung keine Rückschlüsse auf den bösen Glauben des Beklagten zu einem früheren Zeitpunkte gezogen werden könnten und wenn es schließlich ausführt, daß das Verhalten des Beklagten nicht mit der Auffassung im Widerspruch stehe, die im sittlichen Volksbewußtsein begründet sei, sondern dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspreche. Den durch die Handlungsweise des Beklagten, wie sie vorstehend vorausgesetzt worden, ihm entstandenen Schaden würde der Kläger — gleich wie in dem Falle, daß der Vertrag vom 30. Juni 1902 nur zum Schein abgeschlossen worden sein sollte — sowohl nach BGB. § 823, wie nach § 826 ersetzt verlangen können. Dem steht auch nicht, wie die Revision meint, AnfG. § 7 entgegen, weil dieser die Folgen der Anfechtbarkeit einer die Gläubiger benachteiligenden Rechtshandlung erschöpfend regelt und einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers nicht erwähnt. Denn die Frage, ob die anfechtbare Rechtshandlung und die Geltendmachung der durch sie erlangten Rechte zugleich eine unerlaubte ist und zum Schadensersatz verpflichtet, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen ..."

517. Verstoß gegen die guten Sitten durch hinterlistige Verleitung zur Wechselbürgschaft (BGB. § 826). Urt. vom 14. Mai 08, VI 391/07.

„Nach der Feststellung des Berufungsgerichts versprach Beklagter dem B., die Wechsel an zweiter Stelle nach M. zu unterschreiben. Auf seine Anregung

ging B. sodann den Kläger an, als ‚dritter Bürge‘ die Wechsel zu zeichnen, M. mache den ersten, Beklagter den zweiten Bürgen. Kläger sagte dies mit den Worten zu: Dann tue er auch mit, den Beklagten kenne er; auf M. könne er sich nicht stützen, der habe nichts. Als B. mit den Wechseln bei dem Beklagten erschien und ihn um seine Unterschrift ersuchte, lehnte Beklagter jetzt ab, an zweiter Stelle zu zeichnen und schickte den B. zum Kläger, um dessen Unterschrift einzuholen, verbot ihm aber, von seiner — des Beklagten — Weigerung dem Kläger Kenntnis zu geben. Kläger trug zuerst unter Berufung auf das ihm bekannte Versprechen des Beklagten, vor ihm zu unterschreiben, Bedenken, an dritter Stelle zu zeichnen, tat dies schließlich dennoch und fügte vorsichtshalber seinem Namen die Worte ‚dritter Bürge‘ bei. B. verfügte sich nun zu dem Beklagten, worauf dieser im Ärger über den Zusatz seinen von dem Bankhaus mit Bleistift vorgeschriebenen Namen ausradierte und den B. veranlaßte, daß er den mittellosen Provisionsreisenden O. — der, wie Beklagter äußerte, nichts zu besitzen brauche, wenn er nur schreiben könne — bewog, seinen Namen an die zweite Stelle zu setzen. Nachdem dies geschehen war, sagte Beklagter höhnisch lachend zu B.: ‚So, jetzt haben wir den gescheiten S. erwischt, jetzt kann er seine Gescheitheit beweisen, jetzt ist er dritter Bürge.‘ Beklagter selbst unterschrieb die Wechsel auch jetzt noch nicht, sondern erst später an vierter Stelle, nachdem ihm B. zugestanden hatte, daß ihm die Wechselvaluta ausbezahlt und eine Hypothek von 10000 ℳ an dem zu erwerbenden Anwesen bestellt werde. Kläger erfuhr von allen diesen Vorgängen erst um die Verfallzeit der Wechsel und war bis dahin des Glaubens, er sei der Nachmann des Beklagten.

Das Berufungsgericht stellt weiter fest: Kläger habe mit dem Zusatz ‚dritter Bürge‘ zum Ausdruck bringen wollen, daß seine Unterschrift bloß dann gelte, wenn Beklagter sein Vormann werde. Nach der Absicht und festen Meinung des Klägers sollte ihm aus der Unterschrift kein Risiko erwachsen, weil ihm der Rückgriff gegen den zahlungsfähigen Beklagten offen stand. Dem Beklagten sei genau bekannt gewesen, daß Kläger nur unter der Voraussetzung und im Vertrauen darauf seine Unterschrift gegeben habe, daß Beklagter vor ihm unterschreiben werde. Hätte Kläger Kenntnis von der Weigerung des Beklagten erlangt, so würde er seine Unterschrift zurückverlangt und die Bankfirma das Darlehn nicht gegeben haben. Der Beklagte habe danach getrachtet, den Kläger zu überlisten. Seine Triebfeder sei die Gewinnsucht gewesen. Er habe ohne eigene Gefahr dem B. das Darlehn verschaffen wollen, um zu seinem Guthaben für verschiedene, dem B. gelieferte Waren zu kommen, die Provision für die Wechselzeichnung zu beziehen und mittels der Hypothek den B. in der Hand zu behalten, der ihm weitere Waren abkaufen und Geschäftskunden gewinnen sollte. Tatsächlich habe er auch aus der Wechselvaluta seine Kaufpreisforderungen gedeckt und 100 ℳ Provision entnommen.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht aus diesen Feststellungen den Schluß gezogen, daß das Verhalten des Beklagten wider die guten Sitten verstoße. Zwar kann der Ansicht des Berufungsgerichts nicht beigetreten werden, daß Beklagter von der Rücknahme seiner Zusage, an zweiter Stelle zu unterzeichnen, den Kläger hätte verständigen müssen. Denn er stand zu dem Kläger in keiner vertraglichen oder einer sonstigen Beziehung, die ihm eine solche Verpflichtung auferlegte. Aber der Beklagte, der wußte, daß Kläger nur als sein Nachmann in den Wechselverband treten wollte, durfte, ohne dem Anstandsgefühl jedes rechtlich und billig denkenden Menschen entgegenzuhandeln, weder verhindern, daß Kläger durch B. von seiner Sinnesänderung erfuhr, noch durch Einschiebung des O. vereiteln, daß die Stelle des zweiten Indossanten leer blieb und von dem Bankhaus der Wechsel hierwegen formell beanstandet und die Valuta bis zur Aufklärung des Sachverhalts zurückgehalten wurde. Beklagter ist also nicht untätig geblieben, sondern er hat durch listige Kunstgriffe den Kläger in den Irrtum versetzt und darin er-

halten, der Beklagte werde sein Vormann und er durch den Rückgriff gegen den Beklagten gesichert sein.

Hierbei hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht ferner annimmt, vorsätzlich, nämlich in dem Bewußtsein gehandelt, daß das Vermögen des Klägers, der sich, statt durch den Regreß gegen ihn gedeckt zu sein, nur mehr an die anderen, dem Beklagten als vermögenslos bekannten Vormänner halten könne, beschädigt werden müsse.

Einwandfrei ist endlich der ursächliche Zusammenhang zwischen dem sittenwidrigen Verfahren des Beklagten und dem — in seiner Höhe nicht bestrittenen — Schaden des Klägers vom Berufungsgericht festgestellt worden.

Damit sind die Erfordernisse des § 826 BGB. erfüllt.

Der einzige Angriff der Revision, daß Beklagter rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei, den Wechsel an zweiter Stelle zu unterschreiben und daß ein mündliches Versprechen dieses Inhalts nach BGB. § 766 wirkungslos sei, liegt vollständig neben der Sache. Von einem Anspruch des Klägers gegen den Beklagten, die Wechsel vor ihm zu zeichnen, ist gar keine Rede. Wenn Beklagter dem B. bindend versprochen haben sollte, in Form der Wechselzeichnung die Bürgschaft für das Darlehn zu übernehmen, so unterlag ein solches dem Schuldner gegebene Versprechen nicht dem Schriftzwang. Darauf kommt indes hier, wo es sich um Wechselverbindlichkeiten handelt, zu deren Eingehung die Verbürgung nur der Beweggrund war, gar nichts an. Der Beklagte wird weder aus einem Versprechen, an zweiter Stelle zu zeichnen, noch aus seiner Wechselunterschrift belangt, sondern aus der von ihm durch arglistige Täuschung gegen den Kläger verübten unerlaubten Handlung ..."

518. **Verstoß gegen die guten Sitten durch falsche Auskunft** (BGB. § 826).
Urt. vom 27. April 08, VI 39/08.

„... Die Revision wendet hiergegen ein, daß die Ausführungen des Berufungsurteils ungeeignet seien, die Annahme einer Arglist des Beklagten zu begründen, vielmehr lediglich die einer Fahrlässigkeit rechtfertigen könnten. Sei der Beklagte der Überzeugung gewesen, daß es dem S. gelingen werde, die Schwierigkeiten zu überwinden, so folge daraus die Überzeugung des Beklagten, daß die Klägerin durch Erteilung des Kredits keinen Schaden erleiden werde. Daß trotz dieses guten Glaubens die Empfehlung eine arglistige gewesen sein könnte, sei ausgeschlossen; dies auch um deswillen, weil der Beklagte seine Angaben nicht als Tatsachen, sondern nur als sein Urteil hingestellt habe. Er sei um seine Meinung, ob er einen Kredit in dieser Höhe empfehlen könne, gefragt worden und habe seine Meinung gesagt. Es sei unerfindlich, wie man ein arglistiges Verhalten darin finden könne, wenn er nicht darauf hingewiesen habe, daß andere Leute anderer Ansicht sein könnten. — Dieser Angriff ist nicht begründet. Es ist zunächst nicht richtig, daß der Beklagte seine Angabe lediglich als Urteil abgegeben hätte. Er hat in seinem Schreiben eine Reihe konkreter Tatsachen über die persönlichen und Geschäftsverhältnisse des S. angegeben — entsprechend dem an ihn von der Klägerin gestellten Ersuchen —, und zwar mit einer solchen Bestimmtheit, als ob sie auf einem sicheren Wissen beruhten; und er hat nur zum Schlusse die Folgerung aus jenen Tatsachen in seiner Empfehlung gezogen. In dieser Empfehlung aber wird die Sache so hingestellt, als sei die Kreditwürdigkeit des S. außer allem Zweifel und Bedenken. Soweit der Beklagte in der Auskunft wider besseres Wissen unwahre Tatsachen angegeben oder durch Verschweigung bestimmter Umstände den wahren Sachverhalt verschleiert hat, liegt schon hierin ein arglistiges, illoyales, gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten. Die von der Revision hervorgehobenen Unterstellungen des Berufungsurteils zugunsten des Beklagten beziehen sich dem Zusammenhang nach nur auf die Empfehlung, schließen aber auch hier die Merkmale der Arglist und der vorsätzlichen Schädigung keineswegs aus. Arglistig handelte der Beklagte auch dann, wenn er

die günstige Auskunft und Empfehlung in der Weise erteilte, als ob er die fraglichen Umstände sicher wisse, während das nicht der Fall und er sich der Unsicherheit seines Wissens bewußt gewesen ist. Wenn der Beklagte, wie ihm das Berufungsgericht zugut hält, ‚glaubte‘, es werde dem S. gelingen, ‚nach und nach‘ der Schwierigkeiten Herr zu werden, so ist ein Glauben oder Hoffen noch nicht gleichbedeutend mit Überzeugtsein. Zudem kam es für die Klägerin auf die Kreditwürdigkeit des S. zur Zeit der von diesem nachgesuchten Kreditgewährung und der demnächst auszuführenden Geschäfte an, nicht darauf, wie sich vielleicht unter günstigen Voraussetzungen in einer ferneren Zukunft die Geschäftslage des Empfohlenen gestalten würde. Das Berufungsgericht hat dann auch, wie erwähnt, ausdrücklich festgestellt, der Beklagte sei sich dessen bewußt gewesen, daß die Klägerin infolge seiner günstigen Auskunft zu Schaden kommen könne; und das genügt, um den Tatbestand einer vorsätzlichen Schädigung i. S. von BGB. § 826 zu erfüllen . . .“

519. Urteil über den Grund, wenn mit der Klage Ersatz verschiedener Nachteile für den Erwerb und das Fortkommen des Verletzten gefordert wird (BGB. § 842; ZPO. § 304). Urt. vom 4. Mai 08, VI 323/07.

„. . . Die Revision rügt weiter Verletzung der ZPO. § 304: das Berufungsgericht habe den vom Kläger wegen Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit geltend gemachten Rentenanspruch nicht ohne zeitliche Begrenzung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären dürfen. Auch diese Rüge geht fehl. Der Kläger hat die Rente nicht auf Lebenszeit gefordert; sie ist ihm daher durch das angefochtene Zwischenurteil auch nicht für seine Lebenszeit zugesprochen worden; die von der Revision vermißte Begrenzung kann noch in dem über die Höhe des Rentenanspruchs ergehenden Urteile erfolgen. Unbegründet ist endlich auch der Angriff, daß das Berufungsgericht den Klaganspruch nicht dem Grunde nach hätte für gerechtfertigt erklären dürfen, ohne vorher festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet seien, dem Kläger auch den Schaden zu ersetzen, der ihm durch den Verkauf seines Hauses entstanden sei. In dieser Beziehung hat der Kläger geltend gemacht: infolge der erlittenen schweren Verletzungen habe er nicht mehr den weiten Arbeitsweg vom Arbeitsplatze nach D., seinem Wohnsitz, wo es keine Schuhfabrik gebe, zurücklegen können und daher sein Haus in D. verkaufen und nach A. ziehen müssen; den ihm hierdurch entstandenen Schaden hat er neben dem ihm durch Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit im Schuhmacherhandwerk erwachsenen Schaden gefordert. Der erkennende Senat hält zwar daran fest, daß die Grundlage eines jeden mit der Klage geltend gemachten Anspruchs in dem gemäß ZPO. § 304 ergehenden Zwischenurteil festzustellen ist; allein es ist nur als ein besonderer Posten eines einheitlichen Anspruchs anzusehen, wenn der Verletzte neben dem Ersatz für Verminderung oder Aufhebung seiner Erwerbsfähigkeit als weitere Folge der Verletzung auch Ersatz für den ihm durch die Aufgabe seines Geschäfts oder durch die Veräußerung seines Hauses entstandenen Schadens fordert; dies ergibt schon die Vorschrift im BGB. § 842, wonach die Nachteile zu ersetzen sind, welche die Handlung für den Erwerb *oder das Fortkommen* des Verletzten herbeiführt. Wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, bedürfte es im Verfahren über den Grund des Schadensersatzanspruchs neben der Feststellung, daß infolge des Unfalls die Erwerbsfähigkeit des Klägers gemindert worden ist, nicht auch der Feststellung, daß der Kläger infolge des Unfalls sein Haus hat verkaufen müssen und daß ihm dadurch ein Schaden entstanden ist . . .“

520. Verletzung einer Ehefrau, die im Hauswesen Dienste leistete. Verrichtung der ihr unmöglich gewordenen Dienste durch Töchter (BGB. §§ 845, 1356, 611, 1617, 1618). Urt. vom 14. Mai 08, IV 507/07.

„Das Landgericht hat neben anderen Beträgen den klagenden Eheleuten eine vom Tage des Unfalls ab laufende Jahresrente von 750 ℳ zugebilligt.

Es nahm unter Hinweis auf BGB. §§ 845, 1356 an, die klagende Ehefrau könne die früher im Hauswesen der Parteien geleisteten Arbeiten infolge des Unfalls in Zukunft nur mit Hilfe eines weiteren tüchtigen Dienstmädchens leisten, wodurch ein Mehraufwand von jährlich 750 ℳ entstehe. Das Berufungsgericht hielt die zuerkannte Jahresrente für gerechtfertigt, obwohl tatsächlich ein zweites Dienstmädchen — neben dem schon vor dem Unfall im Hauswesen der Parteien beschäftigten Dienstmädchen — nicht eingestellt worden ist. Das Berufungsgericht führte aus: Ein Ersatz für das zweite Dienstmädchen sei dadurch beschafft worden, daß die in einer Erwerbsstellung außerhalb des Elternhauses sich befindende älteste Tochter lediglich aus Anlaß des Unfalls zu den Klägern zurückgekehrt sei und die entsprechenden Dienste geleistet habe. Nach dem Wiederausscheiden der ältesten Tochter aus dem Hauswesen der Parteien sei die die Arbeitskraft der klagenden Ehefrau ersetzende Hilfe von der jüngeren Tochter geleistet worden, diese habe damit mehr getan, als wozu sie ohne den Unfall verpflichtet gewesen wäre. Sonach liege in Ansehung der von beiden Töchtern geleisteten Dienste nicht das familienrechtliche Verhältnis des BGB. § 1617, sondern ein nach den Vorschriften des BGB. §§ 611 ff. zu beurteilender entgeltlicher Dienstvertrag vor. Unerheblich sei es, ob die Kläger ihren Vertragspflichten vollständig nachgekommen seien, oder sich darauf beschränkt hätten, den Unterhalt der Töchter zu bestreiten.

Diese Ausführungen sind schon in ihrem von den Angriffen der Revision nicht betroffenen Ausgangspunkte rechtlich zu beanstanden. Die Vorinstanzen gehen mit Recht davon aus, daß nach dem festgestellten Sachverhalt neben BGB. § 833 die Vorschrift des BGB. § 845 zur Anwendung kommt. Es ist aber rechtsirrig, wenn in dem hier vorliegenden Falle der Körperverletzung einer verheirateten Frau der aus der Beeinträchtigung der von ihr im Hauswesen der Eheleute zu leistenden Dienste hergeleitete Schadensersatzanspruch ohne weiteres als den beiden Eheleuten zustehend behandelt worden ist. Wenn eine Ehefrau gemäß BGB. § 1356 ihre Erwerbsfähigkeit lediglich im Hauswesen des Ehemanns betätigt, so kann sie regelmäßig für den Verlust oder die Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit keinen Schadensersatz fordern, vielmehr ist insoweit lediglich der Ehemann wegen der ihm völlig oder zum Teil entgehenden Dienste der Ehefrau gemäß BGB. § 845 forderungsberechtigt (RGZ. 63, 195; JW. 05, 341 Nr. 17; 06, 469 Nr. 26). Aber auch die von der Revision erhobenen, auf Verletzung des BGB. §§ 1617, 1618 und der ZPO. § 286 gestützten Angriffe sind zum Teil begründet. Zuzugeben ist die rechtliche Möglichkeit des Abschlusses eines Dienstvertrags, durch den sich die Eltern oder der Vater den in ihrem Hauswesen sich befindenden Töchtern gegenüber verpflichten, ihnen für die über die Grenzen des BGB. § 1617 hinausgehenden, aus besonderer Veranlassung zu leistenden Dienste eine vertragliche Vergütung zu gewähren, zumal wenn es sich darum handelt, daß die Mehrleistung von Diensten den Ersatz für eine sonst erforderliche, gegen Entgelt anzunehmende Arbeitskraft bilden soll. Im Hinblicke auf die gesetzliche Regelung bedarf aber ein Dienstvertrag der vom Berufungsgericht unterstellten Art nach seinem Inhalt einer näheren Feststellung, sofern von einem Dritten Ersatz der von den Eltern oder dem Vater auf Grund des Dienstvertrags gemachten Leistungen begehrt wird. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils haben die Kläger eine Behauptung, daß sie mit ihren Töchtern entgeltliche Dienstverträge zur Beschaffung eines Ersatzes für die Arbeitskraft eines zweiten Dienstmädchens abgeschlossen hätten, gar nicht aufgestellt. Das Berufungsgericht hat auch eine ausreichende Feststellung über den Inhalt der von ihm angenommenen entgeltlichen Verträge nicht getroffen.

Soweit die älteste Tochter nach dem Unfall im Hauswesen der Kläger Dienste geleistet hat, konnte allerdings in Frage kommen, ob nicht ein Ersatzanspruch, ganz abgesehen von der Annahme eines Dienstvertrages, nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gerechtfertigt war. Wenn sich die älteste Tochter vor dem Unfall in einer ihr vollen Unterhalt bietenden

Erwerbsstellung befunden und später eine gleichartige Stellung wieder angenommen hat, kann eine Ersatzpflicht des Beklagten schon deshalb begründet erscheinen, weil die Kosten des Unterhalts während der Zwischenzeit sich lediglich als eine Folge des vom Beklagten zu vertretenden Unfalls darstellen, die ohne den Unfall dem mitklagenden Ehemann nicht erwachsen sein würden ..."

521. Wird der Anspruch des Grundstückseigentümers aus BGB. § 906 durch die Genehmigung der Dampfkesselanlage ausgeschlossen? (BGB. § 906; GewO. § 26). Urt. vom 9. Mai 08, V 377/07.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte verurteilt, die Zuführung von Ruß, Kohlenstaub, Flugasche und Holzresten aus ihrem Fabrikschornstein zu unterlassen, soweit nicht BGB. § 906 solche Zuführung gestatte.

Aus den Gründen:

„... Die Revision macht weiter geltend, den Klägern stehe nach GewO. § 26 nur ein Anspruch auf Schadensersatz zu, weil die Anlage gewerblich genehmigt sei, irrig sei die Auffassung des Berufungsgerichts, daß nur die Kesselanlage und nicht zugleich die ein Zubehör von ihr bildende Feuerungsanlage genehmigt sei. Allein diese ohne jede nähere Begründung aufgestellte Ansicht steht im Widerspruche mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. 40, 185; vgl. auch Landmann, GewO. zu §§ 26 u. 24), an der festzuhalten ist. Den Schutz des § 26 GewO. genießt nur die genehmigte Dampfkesselanlage, nicht dagegen auch die die Kessel speisende Feuerungsanlage, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ohne diese die genehmigte Dampfkesselanlage nicht in Betrieb gesetzt werden kann. Hiernach ist die Revision unbegründet ..."

522. Mißbräuchliches Verlangen nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft (BGB. § 1353 Abs. 2). Urt. vom 11. Mai 08, IV 487/07.

„... Hierzu kommt, daß er völlig unerörtert gelassen hat, ob das Verhalten des Klägers — seine Beziehungen zu den beiden Mägden, die wiederholten Mißhandlungen und die Drohungen, er werde auch weiter damit fortfahren (‚er haue sie bis sie schwarz werde') — nicht auch abgesehen von dem Schlußsatz des § 1353 BGB. die Annahme rechtfertigt, sein Rückkehrverlangen stelle sich als Mißbrauch seines Rechtes dar (JW. 03 Beil. 44 Nr. 96). Der Berufungsrichter scheint selbst die Gefahr nicht als ausgeschlossen zu erachten, daß der Beklagten ‚gesetzwidrige Ausschreitungen des Mannes in der Zukunft' in Aussicht stünden. Ist dem so, dann kann die Frau mit der Erwägung, ‚es werde ihr eintretendenfalls richterlicher Schutz zuteil werden', nicht genötigt werden, die aus der gewalttätigen Natur des Mannes ihr drohenden Gefahren auf sich zu nehmen. Sein Herstellungsverlangen ist vielmehr so lange Mißbrauch seines Rechtes, als er nicht zuverlässige Gewähr für eine durch das Wesen der Ehe gebotene Behandlung der Frau zu bieten vermag ..."

523. Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten (BGB. § 1568). Urt. vom 27. April 08, IV 459/07.

„Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweiserhebung zu dem Ergebnis gelangt, daß jeder der Ehegatten durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten eine die Anwendung des BGB. § 1568 rechtfertigende unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet habe, und zwar die Klägerin mindestens in demselben Maße, wie der Beklagte. Zur Widerklage, gegen deren Beurteilung sich die Revision der Klägerin richtet, hat das Berufungsgericht zunächst hervorgehoben: Keineswegs unbedenklich sei das Verhalten der Klägerin gegenüber dem ihr von früher bekannten unverheirateten Zahnarzt Dr. S. gewesen, den sie auf der Rückreise von M. zwecks Behandlung ihrer Zähne am 3., 4. und 5. Juni 1904 in seiner Wohnung zu B. aufgesucht habe, wobei noch in Betracht komme, daß der Beklagte von übertriebener Eifersucht erfüllt gewesen sei. Nicht ganz unbedenklich erscheine auch das Verhalten der Klägerin gegenüber dem früheren Referendar

Dr. P., den sie während ihres in die Zeit vom 20. August bis 7. Oktober 1904 fallenden Aufenthalts in der Kuranstalt W. S. bei B. kennen gelernt habe. Mit ihm habe sie über dessen ‚Verhältnis' sich unterhalten, ein Zusammentreffen bei W. in B. verabredet und Briefe gewechselt. Schwere Eheverfehlungen hat das Berufungsgericht sodann aus den weiteren Feststellungen hinsichtlich der Angaben der Klägerin über den Geschlechtsverkehr der Parteien und eine von der Klägerin abgegebene eidesstattliche Versicherung entnommen. Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß die dem Arzte der Kuranstalt W. S., Dr. M., gemachten und in einer neueren Anführung enthaltenen Angaben der Klägerin, der Beklagte habe einen widernatürlichen Geschlechtsverkehr mit ihr teils beansprucht, teils vollzogen, jeder tatsächlichen Unterlage entbehren. Endlich stellt das Berufungsgericht fest, daß die Klägerin zu dem Zwecke, gegen den Willen ihres Ehemannes die Erziehung ihres ältesten Sohns zu erreichen, die in den hervorgehobenen wesentlichen Punkten falsche eidesstattliche Versicherung vom 10. Januar 1906 dem Gericht eingereicht hat.

Mit Unrecht wirft die Revision in dem Falle des Dr. S. dem Berufungsgericht einen Mangel der Begründung vor, weil nicht zu ersehen sei, worin das Gericht eine der Klägerin zur Last fallende Verfehlung erblicke. Das Berufungsgericht hat nicht nur auf die von der Klägerin zu beachtende Eifersucht des Ehemannes, sondern auch darauf hingewiesen, daß die Klägerin durch den dreitägigen Aufenthalt in B. ihre Ankunft bei dem Beklagten erheblich verzögert hat, obwohl sie aus dringenden Gründen von dem Beklagten früher erwartet wurde. Insbesondere hat das Berufungsgericht mit Bezug auf die Bekundung der Zeugin M. hervorgehoben, daß die Klägerin selbst ihre vor der Abreise am späten Abend mit Dr. S. unternommene längere Automobilrundfahrt durch verschiedene Straßen der Stadt B. zum Bahnhof nicht für unbedenklich gehalten hat. Im übrigen hat das Berufungsgericht in dem hier in Betracht kommenden Verhalten der Klägerin nicht, wie die Revision meint, eine schwere Eheverfehlung i. S. des BGB. § 1568, sondern, ähnlich wie in dem Falle des Dr. P., ein zu Bedenken Anlaß gebendes, bei Beurteilung der Sachlage mit zu berücksichtigendes Vorkommnis erblickt . . .

Wird der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt zugrunde gelegt, so ist die Anwendung des BGB. § 1568, auch soweit es sich um die Widerklage des Ehemannes handelt, rechtlich nicht zu beanstanden. Die durch Eingehung der Ehe begründeten Pflichten erstrecken sich für beide Ehegatten bis zur Beendigung der Ehe. Deshalb gehen die Ausführungen der Revision fehl, die darauf abzielen, die Klägerin habe im Hinblick auf die dem Beklagten zur Last fallenden Verfehlungen eine besondere Rücksicht auf ihn nicht mehr zu nehmen brauchen. Unzutreffend ist die Bezugnahme der Revision auf die in dem Urt. des RG. vom 4. Mai 05 dargelegten Grundsätze (IV 601/04, JW. 05, 394 Nr. 13). Hier handelt es sich um eine anders gestaltete Sachlage. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist es zwischen den Parteien, deren Ehe bis zum Frühjahr 1904 zwar nicht gerade besonders glücklich, aber auch noch nicht zerrüttet war, schließlich infolge der von beiden Teilen verschuldeten schweren Eheverfehlungen zu einem beiderseitigen Erlöschen der ehelichen Gesinnung gekommen. Die bei dem Beklagten hervortretende Zerrüttung war nach der Annahme des Berufungsgerichts zwar wesentlich durch einen ungerechtfertigten Verdacht der Eifersucht beeinflußt, sie beruhte aber nicht ausschließlich darauf. Die Klägerin hatte schon vor Antritt der im Frühjahr 1904 unternommenen Reise nach M., wie das Berufungsgericht feststellt, ihren Ehemann häufig durch ungezogene und verletzende Äußerungen gekränkt. Dazu trat dann seit Anfang Juni 1904 das näher festgestellte Verhalten der Klägerin. Es kann daher keine Rede davon sein, daß, wie die Revision meint, im Herbst 1904 die Klägerin als bis dahin völlig schuldlose Ehegattin dem Beklagten gegenübergestanden habe.

Hiernach war die Revision unter Belastung der Klägerin mit den Kosten — ZPO. § 97 Abs. 1 — zurückzuweisen."

524. Wiederholte Diebstähle als Scheidungsgrund (BGB. § 1568). Urt. vom 30. April 08, IV 505/07.

„Die Revision rügt Verletzung des BGB. § 1568 und der ZPO. § 286. Sie macht geltend, bei dem Stande und den Verhältnissen der Parteien könne die wegen Diebstahls gegen die Beklagte erkannte Gefängnisstrafe von einer Woche nicht ohne weiteres als schwere, die Voraussetzungen des BGB. § 1568 erfüllende Eheverfehlung angesehen werden, dagegen seien jene Voraussetzungen in der dem Kläger zur Last fallenden Mißhandlung enthalten gewesen. Die Angriffe der Revision konnten keinen Erfolg haben.

Bei Beurteilung der Klage kam es nicht so sehr auf die Höhe der vom Strafrichter erkannten Strafe, als auf das in der Begehung der Straftat sich kundgebende ehrlose oder unsittliche Verhalten der Beklagten an. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte die Beklagte bereits im Jahre 1902 diebische Neigungen im Hause des Bäckermeisters D. in N. betätigt. Im Herbst 1904 hat sie sodann dem Bäckermeister O. aus seiner Rocktasche kleinere Geldbeträge entwendet und ist deswegen mit einer Woche Gefängnis bestraft worden. In beiden Fällen hat sich die Beklagte eines groben Vertrauensmißbrauchs schuldig gemacht, sie gab den diebischen Neigungen bei Ausübung ihres Gewerbes als Hebamme nach. Mit Rücksicht auf diese erschwerenden Umstände konnte das Berufungsgericht das von der Beklagten an den Tag gelegte Verhalten als ein ehrloses und unsittliches ansehen. Mit Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht hätte zugunsten der Beklagten berücksichtigen müssen, daß sie seit Juli 1903 keinen Unterhalt von ihrem Ehemann bezogen und deshalb aus Not den Diebstahl begangen habe. Auf eine Notlage hatte sich die Beklagte in der Berufungsinstanz gar nicht berufen, auch aus den festgestellten Umständen ergab sich nichts dafür, daß die Not die Beklagte zur Begehung des Diebstahls geführt habe, denn sie hat nach ihrer Trennung vom Kläger das eine Einkommensquelle bietende Gewerbe als Hebamme weiter ausgeübt. Bereits in der Klage hatte der Kläger zur Begründung der Scheidungsklage aus BGB. § 1568 auf die von der Beklagten während der Ehe erlittenen gerichtlichen Strafen hingewiesen. Trotzdem hat sich die Beklagte nicht abhalten lassen, später einen Diebstahl zu begehen, der im Jahre 1905 zu einer abermaligen Bestrafung der Beklagten führte. Es kann daher, auch bei Berücksichtigung des Standes der Parteien, nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht als dargetan angesehen hat, daß die wiederholte Betätigung diebischer Neigungen seitens der Beklagten auf den Kläger die im BGB. § 1568 vorgesehene ehezerrüttende Wirkung ausgeübt hat . . .“

525. Sind bloße Unordnung und schlechte Behandlung eines Kindes schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten? (BGB. § 1568). Urt. vom 11. Mai 08, IV 566/07.

„. . . Materiell fällt jedoch ins Gewicht, daß bloße Unordnung, solange sie nicht zu völlig unerträglichen und nicht ertragenen Zuständen führt, eine Anwendung des § 1568 nicht zu rechtfertigen vermag. Aus einem derartigen Grunde kann kein Ehegatte der Zumutung für überhoben erachtet werden, die Ehe mit dem anderen Teile fortzusetzen. Es beruht auf einer Verkennung des Wesens der Ehe, bei Fällen der Unordnung von anderer als allerschwerster Art solches anzunehmen. Hier aber spricht nun noch besonders der Umstand dagegen, daß Beklagter Jahre hindurch den Zustand der Unordnung geduldet und nichts dafür erbracht hat, daß von seiner Seite, insbesondere der Klägerin gegenüber der Versuch gemacht sei, Abhilfe zu schaffen.

Der Berufungsrichter stellt ferner fest, Klägerin habe die zwölfjährige Tochter der Parteien abstoßend behandelt und in der Kleidung vernachlässigt, das Kind, wenn es zu ihr kam, schroff zurückgewiesen, es häufig mit Schimpfworten wie ‚Balg‘ belegt und sich die Liebe und Anhänglichkeit des Kindes

verscherzt; sie habe es auch übermäßig gezüchtigt. Dadurch, daß das Kind unfolgsam und vorlaut gewesen sei, werde das Verhalten der Klägerin nicht genügend entschuldigt, zumal da dies auf die falsche Erziehung von seiten der Mutter zurückzuführen sei. Welche Beziehungen diese angenommenen Verfehlungen zu dem Verhältnis der Parteien untereinander haben, hat der Berufungsrichter nicht gesagt. Soweit der Beklagte mittelbar selbst dadurch betroffen zu sein behauptet, fehlt wiederum jede Darlegung, ob er, seinen eigenen väterlichen Pflichten entsprechend, der Klägerin gegenüber zugunsten des Kindes eingeschritten ist und ob derartige Versuche sich als erfolglos erwiesen haben. Von der Zumutung, die Ehe fortzusetzen, gilt in dieser Beziehung dasselbe, was vorhin von der unordentlichen Wirtschaftsführung bemerkt wurde ..."

526. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob das eheliche Verhältnis zerrüttet sei (BGB. § 1568). Urt. vom 14. Mai 08, IV 478/07.

„... Der maßgebende Zeitpunkt für die Frage, ob das eheliche Verhältnis in einer nach § 1568 die Scheidung rechtfertigenden Weise zerrüttet ist, ist nicht, wie das Oberlandesgericht anzunehmen scheint, der Zeitpunkt, in welchem die Ehegatten die häusliche Gemeinschaft aufgehoben haben, sondern der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor Erlaß des Urteils (vgl. JW. 08, 42 Nr. 17) ..."

527. Begriff des „im Dienst erlittenen Betriebsunfalls" (BeamtUFürsG. § 1). Urt. vom 19. März 08, IV 369/07.

Am 2. Februar 1904 versah der Kläger seinen Dienst als Postbote in dem Briefträgersaale eines Postamts, das sich in einem dem beklagten Reichspostfiskus gehörenden Grundstücke befand. Dabei fiel ein Stück Deckenputz herab und verletzte ihn derart, daß er dienstunfähig wurde. Er ist in den Ruhestand versetzt. Mit der Klage verlangt er Schadensersatz in Höhe des Unterschiedes zwischen dem Diensteinkommen und dem Ruhegehalt, weil ihm der Beklagte als Eigenbesitzer des Grundstücks und wegen einer von ihm zu vertretenden Fahrlässigkeit ersatzpflichtig sei. Die Klage ist in zwei Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Den Entscheidungen beider Vorinstanzen liegt eine Anwendung des BeamtUFürsG. §§ 1 u. 10 (RGBl. S. 211) zugrunde, die auf der Feststellung beruht, daß Kläger den Unfall im Dienstbetriebe der Reichspostverwaltung erlitten hat. Zwischen dem Unfall und der dienstlichen Tätigkeit des Klägers habe — so nimmt der Berufungsrichter an — nicht nur ein zeitlicher, sondern zugleich ein ursächlicher Zusammenhang bestanden. Das letztere treffe auch dann zu, wenn die Ursache des Unfalls nicht in einer ‚besonderen, eigentümlichen Gefahr des Betriebes' bestanden habe. Der Berufungsrichter stützt sich dabei auf die in dem Urt. des RG. vom 24. Juni 02 (RGZ. 52, 76 ff.) enthaltenen Ausführungen.

Nun treffen die Voraussetzungen des BeamtUFürsG. § 1 zunächst darin zu, daß Kläger als Postbote ein Beamter der Reichszivilverwaltung und in dieser Eigenschaft zur Zeit des Unfalls in einem Betriebe beschäftigt war, der reichsgesetzlich, nämlich gemäß GewUVersG. § 1 Abs. 1 Nr. 3 (RGBl. S. 585) der Unfallversicherung unterliegt. Seine Fürsorgeberechtigung bezog sich deshalb auf solche Fälle dauernder Dienstunfähigkeit, die ‚infolge eines im Dienste erlittenen Betriebsunfalles' eintraten. Traf auch diese Voraussetzung zu, so unterliegt es weiter keinem Bedenken, daß alsdann zugleich die Bedingungen erfüllt sind, unter denen ihm gemäß § 10 des Gesetzes ein über die Ansprüche aus der Unfallfürsorge hinausgehender weiterer Anspruch gegen den Beklagten nicht zusteht, daß er also den Reichsfiskus auf Ersatz des durch den Unfall erlittenen Schadens unter dem Gesichtspunkte weder des BGB. § 836 noch auch des § 823 in Anspruch nehmen darf.

Mit der Revision wird nun wie in den Vorinstanzen bestritten, daß es ein Betriebsunfall gewesen sei, der den Kläger im Dienste betroffen habe. Die Revision führt aus, ein solcher Unfall müsse durch eine besondere, dem Betriebe eigentümliche Gefahr entstanden sein, wobei der Begriff der Gefahr in einem abstrakten, nicht in einem konkreten Sinne aufzufassen sei. Die Frage sei daher für den gegebenen Fall so zu stellen gewesen: ob der Verunglückte in seiner Berufstätigkeit der Gefahr, von einer herabstürzenden Decke verletzt zu werden, in erhöhtem Maße ausgesetzt gewesen sei. Das aber müsse, wie sich von selbst verstehe, verneint werden.

Der Revision kann zugegeben werden, daß, wenn man den Wortlaut des BeamtUFürsG. allein in Betracht zieht, § 1 dieses Gesetzes eine derartige Auslegung nahelegt. Bezieht sich die reichsgesetzliche Unfallfürsorge für Beamte und für Personen des Soldatenstandes nur auf solche im Dienste erlittene Unfälle, die als Betriebsunfälle anzusehen sind, so liegt dem Anscheine nach hierin eine Einschränkung auf ein engeres Unfallsgebiet wie bei der reichsgesetzlichen Unfallversicherung. Denn diese erstreckte sich schon nach UVersG. vom 6. Juli 84 (RGBl. S. 69) § 1 auf die Folgen aller ‚bei dem Betriebe sich ereignenden Unfälle' und hat in ihrer späteren Entwicklung, insbesondere auch seitdem das UVersAbG. vom 30. Juni 00 (RGBl. S. 335) in Kraft getreten ist, was die Beschaffenheit der Unfälle anlangt, den durch die nämlichen Worte gekennzeichneten Inhalt und Umfang beibehalten (vgl. GewUVersG. vom 30. Juni 00 [RGBl. S. 585] § 1 Abs. 1; LwKrankVersG. vom 5. Mai 86 [RGBl. S. 132] § 1 Abs. 1 und das entsprechende Gesetz vom 30. Juni 00 [RGBl. S. 641]; SeeUVersG. vom 13. Juli 87 [RGBl. S. 329] § 1 Abs. 1, sowie das entsprechende Gesetz vom 30. Juni 00 [RGBl. S. 716]; endlich BauUVersG. vom 11. Juli 87 [RGBl. S. 287] § 1 Abs. 1, welches ebenso wie das entsprechende Gesetz vom 30. Juni 00 [RGBl. S. 698] sich bezieht: auf ‚die Folgen der bei Bauarbeiten sich ereignenden Unfälle').

Allein die Verengerung des Gebiets der Unfallfürsorge im Vergleich zu dem der Unfallversicherung ist nur eine scheinbare. Das von der Reichsgesetzgebung bei der Einführung und Ausgestaltung der Unfallfürsorge erstrebte Ziel ist stets das gewesen, nach Möglichkeit den Unterschied zu beseitigen, der vordem in der Fürsorge einerseits für die unter Unfallversicherung fallenden Personen und andererseits für die in unfallversicherungspflichtigen Betrieben beschäftigten, von der Unfallversicherung aber ausgeschlossenen Reichs-, Staats- und Kommunalbeamten nebst den Personen des Soldatenstandes zuungunsten der letzteren Kategorien bestanden hatte. Diesen leitenden Gedanken enthielt schon die Begründung des Entwurfs zu dem BeamtUFürsG. vom 15. März 86 (RGBl. S. 53) auf S. 5 der RTDrucks. von 1885/86 Nr. 5, während in der Begründung des Entwurfs zu dem späteren Gesetze vom 18. Juni 01 (RTDrucks. von 1900/01 Nr. 176 S. 8) hervorgehoben wurde, daß die Fürsorge für die Beamten und Personen des Soldatenstandes derjenigen ‚mindestens gleichwertig' sein solle, welche ihnen, wenn die Unfallversicherungsgesetze auf sie Anwendung fänden, nach diesen Gesetzen zustehen würde. Die Absicht einer Gleichstellung in bezug auf die Art der Unfälle wurde überdies in der Begründung zu § 1 des Gesetzentwurfs von 1885/86 noch besonders durch die Bemerkung klargestellt:

> ‚Allen solchen (d. h. den unter die Unfallfürsorge zu stellenden) Personen soll die Pension zustehen, wenn sie ‚im Dienste einen Betriebsunfall' erleiden, was den Bestimmungen des § 1 Abs. 1 des Unfallversicherungsgesetzes entspricht.'

(RTDrucks. Nr. 5 S. 11).

Nun hatte aber, schon bevor die Unfallversicherungsgesetzgebung durch das Gesetz vom 30. Juni 00 (RGBl. S. 335) und die Unfallfürsorge durch das Gesetz vom 18. Juni 01 (RGBl. S. 211) eine Durcharbeitung und weitere Ausgestaltung erfuhren, die Rechtsprechung auf der Grundlage der Unfallversicherungsgesetze dem Begriffe des ‚bei dem Betriebe sich ereignenden Unfalls' eine

besonders weite Ausdehnung gegeben (vgl. RGZ. 65, 207). Zwar wird in dem „Handbuche der Unfallversicherung' S. 33 die Belehrung gegeben: Unfälle seien dann keine Betriebsunfälle, wenn ihnen an der betreffenden Stelle oder zu der betreffenden Zeit auch jeder andere, nicht im Betriebe Beschäftigte hätte ausgesetzt sein können und wenn sie den im Betriebe Beschäftigten in gleicher Weise auch anderswo und zu jeder anderen Zeit außerhalb des Betriebes hätten zustoßen können. Das entspricht zugleich einer Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom Jahre 1888 (RVANachr. 88, 176 Nr. 476). Allein von dieser vereinzelten Entscheidung abgesehen, hat namentlich auch das Reichsversicherungsamt in ständiger Rechtsprechung den Inhalt der reichsgesetzlichen Unfallversicherung so weit bemessen, daß sie sich auf alle mit dem Betriebe in Verbindung stehenden Unfälle erstreckt, auch wenn diese Verbindung nur eine mittelbare ist. Es ist von jeher abgelehnt worden, die Versicherung auf solche Fälle einzuschränken, in denen der Versicherte einer Einwirkung besonderer, dem Betriebe eigentümlicher Gefahren ausgesetzt ist und im Gegenteil bei der Gesetzesauslegung die durch die Unfallversicherung dem Verletzten gewährte Deckung auch auf die ‚an sich betriebsfremden Gefahren' bezogen worden, sofern nur der Versicherte durch seine Beschäftigung im Betriebe in ihren Bereich hineingerät (vgl. RVANachr. 90 S. 197, 596 Nr. 906; 91, 248 Nr. 1031, 261 Nr. 1050, 1051; 96, 466 Nr. 1557; 97, 307 Nr. 684; sowie aus späterer Zeit 00, 683 Nr. 1810, 684 Nr. 1811; 02, 497 Nr. 1943).

Dieser Rechtsprechung hat sich für das Gebiet der Unfallversicherung das Reichsgericht durch Urt. vom 6. Nov. 07 (RGZ. 66, 435 ff.) angeschlossen.

Berücksichtigt man nun den vorhin hervorgehobenen Zusammenhang zwischen der Unfallfürsorge und der Unfallversicherung, so führt die Erwägung, daß einerseits in den Jahren 1899 und 1900 die Reichsgesetzgebung keine Veranlassung genommen hat, bei der Revision der Unfallversicherungsgesetze den Begriff des bei dem Betriebe entstandenen Unfalls und damit die Versicherung selbst gegenüber der ihr durch die Rechtsprechung gegebenen Ausdehnung einzuschränken und daß andererseits der die Unfallfürsorge beherrschende Grundgedanke, den Beamten und den Personen des Soldatenstandes eine Deckung von mindestens gleichem Wert wie die Unfallversicherung zu gewähren, bei der Revision des BeamtUFürsG. vom 15. März 86 keineswegs verlassen, sondern wiederholt betätigt wurde, zu dem Ergebnis, daß ungeachtet der Abweichung in der Gesetzesfassung der Begriff der ‚im Dienste erlittenen Betriebsunfälle' bei der Auslegung des § 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 18. Juni 01 in einem gleich weiten Sinne verstanden werden muß, wie der Begriff der ‚bei dem Betriebe sich ereignenden Unfälle' in den Unfallversicherungsgesetzen. Die Unfallfürsorge erstreckt sich danach ebenso wie die Unfallversicherung nicht nur auf Gefahren, die dem Betriebe in abstrakter Bedeutung, also allen Betrieben der nämlichen Gattung in der gleichen Art eigentümlich sind, sondern auch auf jede konkrete Unfallsgefahr, der ein Beamter bei der Beschäftigung in einem versicherungspflichtigen Betriebe seiner besonderen äußeren Beschaffenheit nach ausgesetzt ist. Sie erstreckt sich nur nicht auf solche Unfälle, die mit dem Betriebe zwar im äußeren Zusammenhange stehen, den Beamten jedoch außerhalb des Dienstes, etwa bei einem durch den Dienst nicht gebotenen Aufenthalt in den Diensträumen treffen, mögen sie selbst in irgend einer Art dem Betrieb eigentümlich sein.

Diese weite Ausdehnung des Unfallfürsorgerechts hat für die fürsorgeberechtigten Personen auf der einen Seite den Vorteil, daß sie, wie in dem durch Urt. des RG. vom 24. Juni 02 (RGZ. 57, 76 ff.) entschiedenen Falle, auf die über die ordentliche Pensionsberechtigung hinausgehenden Bezüge des BeamtUFürsG. Anspruch haben. Sie hat jedoch auf der anderen Seite gemäß § 10 des Gesetzes für sie die unabweisliche nachteilige Folge, daß ihnen unter den nämlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf Ersatz des durch den Unfall erlittenen Schadens gegen die Betriebsverwaltung, ‚in deren Dienste sich der Unfall ereignet hat', nicht zusteht.

Da sich nun unter den Umständen des gegenwärtigen Rechtsfalls in solcher Rechtslage auch der Kläger befunden hat, so hat das die Abweisung seiner Schadensersatzklage bestätigende Berufungsurteil aufrechterhalten werden müssen."

528. 1. Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft, deren Firma „Gebrüder G." seinen Familiennamen enthält (HGB. § 24). 2. Ist das Gesellschaftsverhältnis zwischen nahen Verwandten eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit? (ZPO. § 385 Ziff. 3). Urt. vom 9. Mai 08, I 353/07.

„Das Oberlandesgericht führt zutreffend aus, daß die Voraussetzungen zur Anwendung des HGB. § 24 Abs. 1 an sich gegeben seien, weil der Beklagte, der eine seitherige Gesellschafter, aus der offenen Handelsgesellschaft ‚Gebr. G.' ausgeschieden sei, während der Kläger, als Alleininhaber, das Handelsgeschäft befugt fortführe. Es hält aber gemäß § 24 Abs. 2 die ausdrückliche Einwilligung des Beklagten, dessen Name in der Firma enthalten sei, zu deren Fortführung für erforderlich. Die Revision rügt die Verletzung dieses Gesetzes mit der Ausführung, die Firma Gebr. G., in die kein Vorname aufgenommen sei, ergebe nicht, daß damit der Beklagte gemeint sein solle. Die Rüge versagt. Die Firma ‚Gebr. G.' entspricht dem a. HGB. Art. 17 Abs. 1; unter dessen Herrschaft sie in das Handelsregister eingetragen wurde, und dem nur in der Fassung, aber nicht dem Inhalte nach verschiedenen n. HGB. § 19 Abs. 1. Nach jenem Gesetze muß die Firma einer offenen Handelsgesellschaft, wenn in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten. Die Beifügung von Vornamen ist nach altem, wie nach neuem Handelsrecht nicht erforderlich. Wenn die Gesellschafter den gleichen Familiennamen führen, würde dessen alleinige Aufnahme in die Firma das Vorhandensein einer Gesellschaft nicht erkennen lassen. Es bedarf daher eines dieses andeutenden Zusatzes, um den gesetzlichen Vorschriften zu genügen. Hier erfüllt dieses Erfordernis der Zusatz ‚Gebrüder', der auf das Vorhandensein einer Mehrheit von Geschäftsinhabern hinweist. Obwohl dem Oberlandesgericht nicht darin beigetreten werden kann, daß durch die Firma ‚Gebr. Gr.' die andere gesetzliche Vorschrift getroffen wird, daß die Namen sämtlicher Gesellschafter in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft aufgenommen werden können, so ist doch der in jener Firma enthaltene Familienname beiden Parteien gemeinsam, da sie die Gesellschaft mit der Firma gründeten und als deren Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen wurden. Das HGB. § 24 Abs. 2, das (wie das a. HGB. Art. 24 Abs. 2) bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, zur Fortführung der Firma die ausdrückliche Einwilligung desselben fordert, versteht unter Namen den Familiennamen des Gesellschafters (vgl. HGB. § 19 Abs. 1 u. 3). Da der Familienname des Beklagten in der Firma Gebr. Gr. inbegriffen ist, so hat das Oberlandesgericht das HGB. § 24 Abs. 2 mit Recht auf den vorliegenden Fall angewandt (vgl. RGZ. 65, 382).

Die hiernach zur Fortführung der Firma notwendige Einwilligung des Beklagten ist nach der einwandfreien Ausführung des Oberlandesgerichts in dem schriftlichen Vertrage vom 28. August 1890 nicht erteilt. Der Aussage des Vaters der Parteien hat es eine überzeugende Kraft nicht beigelegt, mit Rücksicht auf diese Aussage ist jedoch dem Beklagten der richterliche Eid zur Feststellung der Tatsache auferlegt, daß bei Abschluß jenes Vertrages nicht ausdrücklich erklärt worden sei, daß derjenige von den Parteien, der nach Auflösung der Gesellschaft das Geschäft weiterführe, berechtigt sein solle, die Firma Gebr. G. zu behalten. Die von dem Kläger beantragte Beeidigung des Zeugen wurde von dem Oberlandesgericht abgelehnt, weil der Fall der ZPO. § 385 Nr. 3 nicht gegeben sei. Dem ist entgegen der Rüge der Revision bei-

zupflichten. Die sonst zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Familienangehörigen unterliegen nach ZPO. § 385 Nr. 3 dem Zeugniszwange, wenn sie über Tatsachen aussagen sollen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen. Die Einwilligung in die Fortführung der Firma bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters ist weder abstrakt eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit, noch war sie nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles durch das Familienverhältnis bedingt. Hierzu genügt nicht der Umstand, daß der Gesellschaftsvertrag vom 28. August 1890 zwischen nahen Verwandten abgeschlossen wurde (vgl. RGZ. 40, 347) ..."

529. Grundsätze für die Aufstellung einer Gewinnverteilungsbilanz einer offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 40). Urt. vom 16. März 08, I 244/07.

„Das Kammergericht hält die Beklagten auf Grund des § 5 des Gesellschaftsvertrages vom 26. März 1900 für verpflichtet, die Bilanz vom 30. Juni 1905 nach den gesetzlichen Vorschriften, also gemäß HGB. § 40, nach dem Werte der Vermögensgegenstände in diesem Zeitpunkte aufzustellen. Es sieht als eine diesem Gesetze entsprechende Bilanz nur eine Bilanz an, die sämtliche Vermögensgegenstände, im vorliegenden Falle insbesondere die Grundstücke, die L. Geschäftsanteile und die fertigen Instrumente nach dem Verkaufswerte zum Ansatz bringe und meint deshalb, daß die von den Beklagten für den 30. Juni 1905 aufgestellte Bilanz, die dieser Anforderung nicht genüge, den gesetzlichen Vorschriften und dem Vertrage zuwider aufgestellt sei. Allein HGB. § 40 verlangt nicht unterschiedslos die Bewertung der einzelnen Vermögensgegenstände nach dem Verkaufswerte. Richtig ist zwar, daß die für Aktiengesellschaften im HGB. § 261 gegebenen Sondervorschriften auf offene Handelsgesellschaften oder Einzelkaufleute nicht ohne weiteres übertragen werden können; auch für sie aber ist nur verboten und ungesetzlich die Aufnahme zu hoher Werte in die Bilanz. Bei Aufstellung einer Gewinnverteilungsbilanz dürfen sie unbedenklich die zur Weiterveräußerung bestimmten Gegenstände nicht nach dem für den Fall eines Verkaufs möglicherweise zu erzielenden höchsten Werte, sondern nur nach dem völlig zweifellosen Werte ansetzen, während sie die Gebrauchsgegenstände (das Anlagevermögen) nach dem Gebrauchswerte ansetzen müssen. Da die angefochtene Entscheidung auf der unrichtigen Anwendung des HGB. § 40 beruht, so unterliegt sie der Aufhebung ..."

530. Zum Begriff der Bilanzverschleierung (HGB. §§ 40, 261). Urt. vom 25. März 08, I 270/07.

„... Das Oberlandesgericht führt mit rechtlich einwandfreier Begründung aus, daß der Vertrag mit U. ein Kaufvertrag war, und daß nach den beigebrachten Unterlagen die Bewertung der Kaufpreisforderung von 60000 ℳ mit diesem Nominalbetrage in der Bilanz nicht zu beanstanden sei, daß die Forderung insbesondere nicht wegen Unsicherheit des Käufers oder zu besorgender Unbeibringlichkeit geringer zu bewerten war. Entsprach aber der reelle Wert der Forderung ihrem Nominalbetrage, so war sie nach HGB. §§ 40, 261 mit diesem Betrage in die Bilanz einzusetzen, und es ist nicht möglich, hier von einer ‚Verschleierung' zu reden. Das Oberlandesgericht glaubt eine solche darin finden zu müssen, daß in der Bilanz nicht zum Ausdruck gekommen und auch in der Generalversammlung nicht besonders hervorgehoben worden sei, daß nach dem Vertrag die Tilgung der Kaufpreisraten nicht in bar, sondern durch Aufrechnung stattzufinden hatte. Es seien hierdurch Umstände verschwiegen worden, die zur richtigen Würdigung unumgänglich notwendig waren. Auch wenn die Majorität der Aktionäre über den Inhalt des Vertrags aufgeklärt gewesen sei, sei nicht ausgeschlossen, daß, falls der Punkt in der Generalversammlung zur Sprache kam, die Minorität der Aktionäre über die Bewertung der Forderung anderer Meinung war und die Majorität moralisch

genötigt hätte, ihren Bedenken Rechnung zu tragen. Diese Auffassung enthält eine Überspannung des Prinzips der Bilanzwahrheit. Die Modalitäten der Zahlung einer Geldforderung kommen in der Bilanz regelmäßig überhaupt nicht zum Ausdruck. Sie üben ihren Einfluß aus und müssen ihn ausüben auf die Schätzung der Forderung. In dieser Hinsicht ist von großer Bedeutung die mit einer Forderung verknüpfte Kreditgewährung. Über diese ist nun aber in der Generalversammlung auf Befragen Aufschluß erteilt worden. Es wurde ausdrücklich mitgeteilt, daß die Tilgung der Forderung in zehn Jahresraten von 6000 ℳ unter entsprechender Verzinsung zu erfolgen habe. Diese Aufklärung war genügend. Eine weitere wurde nicht verlangt. Hätte nun Kläger behaupten und beweisen können, daß die für die vertragsmäßige Aufrechnung in Betracht kommenden Gegenleistungen des U. der dafür vereinbarten Valuta nicht entsprochen hätten, oder daß in dieser Beziehung berechtigte Zweifel bestanden, so hätte dies für die Bewertung der Forderung zweifellos von Einfluß sein müssen. Das Oberlandesgericht nimmt aber, wie bereits ausgeführt, im Gegenteil an, daß nach den beigebrachten Unterlagen die Bewertung eine objektiv richtige war. Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, inwiefern eine unrichtige Darstellung (eine Verschleierung) von Bilanzfaktoren vorliegen soll. Die bloße Möglichkeit, daß eine Minorität von Aktionären aus dem Zahlungsmodus der Forderung vielleicht Veranlassung genommen hätte, die Majorität zu einer Unterbewertung ‚moralisch' zu nötigen, ergibt keinen gesetzlichen Grund für den Vorstand, geschäftliche Abmachungen in der Generalversammlung zu erörtern, welche im wesentlichen dem diskretionären Ermessen der Geschäftsführung anheimgegeben sind. Wollte die Generalversammlung die Forderung zu einem geringeren Betrage als dem ihrem reellen Werte entsprechenden Nennwerte einstellen, so war sie hierzu auch ohne die Mitteilung des Tilgungsmodus in der Lage. Die Erörterung reiner Geschäftsführungsfragen in der Öffentlichkeit der Generalversammlung würde zweifellos in vielen Fällen die Interessen einer Aktiengesellschaft gefährden. Es muß nach Lage des Falles beurteilt werden, ob sie aus besonderen Gründen geboten ist. Daß sie aber im konkreten Falle erforderlich gewesen wäre, um die Bilanz auf ihre Richtigkeit zu prüfen, muß nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts ohne weiteres verneint werden, weil eben das Oberlandesgericht die objektive Richtigkeit des Bilanzpostens annimmt und auch außer der oben erwähnten Möglichkeit keine besonderen Gründe anführt, warum trotz der richtigen Bewertung des Bilanzpostens und der über die Kreditgewährung erteilten Auskunft ein unrichtiges Gesamtbild der Vermögenslage sich ergeben sollte. Es kommt für die Beurteilung der in Rede stehenden Forderung noch in Betracht, daß nach § 7 des Vertrags die Kaufpreisforderung oder der noch ausstehende Rest derselben sofort fällig wurde, sobald Käufer aufhörte Inhaber des Handelsgeschäfts und Herausgeber der Zeitschrift A. zu sein und daß sich U. durch § 8 verpflichtete, für das käuflich übernommene Geschäft separate Bücher zu führen, separate Inventuren und Bilanzen aufzustellen und der Aktiengesellschaft gestattete, ‚in alles dieses sowie in die Beläge und sonstigen Schriftstücke jenes Geschäftes Einsicht zu nehmen oder nehmen zu lassen, sich auch Abschriften daraus anzufertigen und anfertigen zu lassen', womit er seine ganze Geschäftsführung einer unausgesetzten Kontrolle der Beklagten unterwarf.

Der auf die Einstellung der Kaufpreisforderung mit 60000 ℳ in die Bilanz gestützte Anfechtungsanspruch erweist sich hiernach als unbegründet . . ."

531. „Provisorische" Zeichnung von Aktien (HGB. §§ 189, 281). Urt. vom 8. April 08, I 82/07.

„I. Die Zeichnung von Aktien ist nicht nur eine der Gesellschaft gegenüber verpflichtende Erklärung. Sie ist ein rechtspolizeilicher Akt, welcher auch der Registerbehörde und dem Verkehr, dem Publikum gegenüber abgegeben wird und bedingungslos nach Maßgabe des Inhalts des Zeichnungsscheines ver-

pflichtet. Beschränkungen, Vorbehalte, private Abmachungen zwischen dem Zeichner und den Organen der Gesellschaft sind der letzteren gegenüber nichtig. Eine Anfechtung wegen Willensmängel ist ausgeschlossen. Auf diesen Grundsätzen beruhen die Entsch. des ROHG. 5, 415; 20, 270; RGZ. 2, 132; 9, 37; 19, 126; 45, 108; 54, 129.

Sie gelten für Kapitalserhöhungen ebenso wie für die Gründung der Aktiengesellschaft (vgl. RGZ. 2, 130).

Sie gelten in gleicher Weise für das hier anzuwendende ältere Recht wie für das neue Handelsgesetzbuch (vgl. Staub in HoldheimsMSchr. 8, 133 ff.).

Hieraus ergibt sich, daß der erste Einwand des Beklagten, er habe nur provisorisch, nur ‚formell' gezeichnet, ganz unstichhaltig ist, und daß es auf den unter Ziff. 2 der Revisionsschrift angeführten Beweis in keiner Weise ankommen kann. Es ist ganz unerheblich, welche privaten Abmachungen der Beklagte über die Bedeutung seiner Zeichnung mit den Aufsichtsratsmitgliedern getroffen hat. Hieraus mögen ihm unter Umständen Ansprüche gegen diese erwachsen. Seine Zahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft kann er deswegen nicht ablehnen ..."

532. **Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht** (HGB. § 369). Urt. vom 30. April 08, VI 336/07.

„... In der gegenwärtigen Streitsache kommt es nur darauf an, ob mit Recht verneint ist, daß die Hauptintervenientin auf Grund des angeblichen kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes die von der Beklagten nicht bestrittene Forderung für sich in Anspruch nehmen könne. Hier können nun die Fragen unerörtert bleiben, ob überhaupt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein Nebenrecht ist, das in entsprechender Anwendung des BGB. § 401 bzw. 412 mit der Forderung übergeht, und ob ferner das genannte Recht seiner Natur zufolge dem dritten Erwerber desselben überhaupt ein Klagrecht auf Leistung gewähren könnte; denn jedenfalls ist denjenigen Ausführungen des Berufungsgerichts völlig zuzustimmen, mittels welcher es dargelegt hat, daß eine Geldforderung kein möglicher Gegenstand eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes ist ..."

533. **Bestimmung einer Abladezeit bei Lieferungsverträgen** (HGB. § 376). Urt. vom 28. April 08, II 558/07.

„... Das Berufungsgericht hat ausgeführt, nach beständiger Rechtsprechung habe bei Lieferungsverträgen eine Vertragsklausel, wie die vorliegende, ‚Verladung November (ev. Oktober / November 1906) nicht die Bedeutung einer bloßen Zeitbestimmung für die Lieferung; vielmehr sei die Bestimmung einer Abladezeit nach Handelsbrauch als eine wesentliche Vertragsbestimmung anzusehen, so daß der Vertrag als nicht erfüllt gelte, wenn nicht Ware der ausbedungenen Abladezeit geliefert werde. Diese Bedeutung der Vertragsklausel ergebe sich im vorliegenden Falle auch aus den allgemeinen Vertragsbedingungen, wonach das Datum des Konnossements oder ein Nachweis, daß die Ware zur Verfügung des Schiffes war, als Beweis für den Verschiffungstermin zu gelten hatte. Die Analogie einer solchen Vertragsbestimmung mit dem Fixgeschäfte liege auf der Hand. Die Vertragsauslegung ist rechtlich einwandfrei und auch nicht angefochten. Nach dem vom Berufungsgerichte tatsächlich und für das Revisionsgericht maßgebend festgestellten Sinne der Vereinbarung ist die Abladung zur bestimmten Zeit eine vertragliche Leistung i. S. des HGB. § 376, durch deren zeitliche Bewirkung auch der zeitliche Empfang der Ware seitens des Käufers wesentlich bedingt ist.

Das Berufungsgericht hat nun weiter in Würdigung der Korrespondenz erwogen, der Brief der Beklagten vom 25. Januar 1907 lasse erkennen, daß die Beklagte zur Lieferung der versprochenen Ware (November-Abladung) gar

nicht mehr in der Lage gewesen sei und sie habe auch unstreitig die vertraglich festgesetzte Ware (November-Abladung) überhaupt nicht angeboten. Der Kläger habe aber die ihm am 24. Januar 1907 angebotenen 440 Dutzend Hüte auf den Vertrag nicht anzunehmen brauchen, wenn er nicht sicher war, daß das Angebot einer November-Abladung entstammte. Eine solche Sicherheit habe die Beklagte dem Kläger ausweislich der Korrespondenz und der Parteiverhandlungen nicht bieten können. Hieraus folge, daß die Berechtigung des Klaganspruchs durch Mahnung und Fristsetzung nicht bedingt gewesen sei und daß es nicht darauf ankomme, ob Kläger mit der Schadensersatzforderung vom 9. Januar 1907 zu früh hervorgetreten sei.

Die Revisionsklägerin rügt Verletzung des BGB. § 326 und der ZPO. § 286 mit der Begründung, aus der Vereinbarung einer Abladefrist folge nicht, daß eine vertragliche Lieferung nur innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen könne, so daß nach Ablauf dieser Frist die Vertragserfüllung dem Verkäufer unmöglich geworden sein würde. Deshalb sei der erbotene Beweis für ihre Behauptung erheblich gewesen, daß sie, wenn auch mit großen Opfern, ihrer Lieferungspflicht nachgekommen sein würde, wenn Kläger durch Mahnung und Fristsetzung die Bedeutung des Ausbleibens der Lieferung ihr erkennbar gemacht hätte. Die Rüge ist nicht gerechtfertigt. Die Bedeutung des Ausbleibens der Lieferung war der Beklagten durch die Klagerhebung hinlänglich klar gemacht. Gleichwohl hat sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vertragsmäßige Ware, die nachweisbar einer November-Abladung entstammte, überhaupt nicht angeboten und auch nicht anbieten können. Die Ware aber, die nicht nachweisbar einer November-Abladung entstammte, hat der Kläger nach dem hier analog zur Anwendung kommenden HGB. § 376 mit Recht als nicht vertragsmäßig abgelehnt. Bei dieser Lage der Sache bedurfte es zur Begründung der erhobenen Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung weder einer besonderen Mahnung noch Fristsetzung, noch der Erhebung des erbotenen Beweises . . ."

534. Haftung des Reeders nur mit Schiff und Fracht bei einem durch einen Schiffszusammenstoß herbeigeführten Schaden (HGB. §§ 486, 734, 754 Nr. 9, 755, 756). Urt. vom 25. März 08, I 267/07.

„. . . Nach HGB. § 486 haftet der Reeder nicht persönlich, sondern nur mit Schiff und Fracht, wenn der Anspruch auf das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung gegründet wird. Solche Ansprüche liegen vor, wenn, wie es mit der Klage geschehen ist, auf Grund von HGB. § 734 für ein Schiff Ersatz der durch einen Schiffszusammenstoß herbeigeführten Schäden begehrt wird. Ein solcher Anspruch gewährt nach § 754 Nr. 9 die Rechte eines Schiffsgläubigers. Die Schiffsgläubiger haben nach §§ 755, 756 ein Pfandrecht an dem Schiffe nebst Zubehör und an der Fracht. Eine persönliche Verpflichtung des Reeders, die Schiffsschuld zu bezahlen, besteht grundsätzlich nicht und tritt nur in den von den §§ 771—775 behandelten Ausnahmefällen ein. Der Schiffsgläubiger, der sein Pfandrecht geltend macht, kann daher nicht schlechtweg auf Zahlung klagen, sondern sachgemäß nur den Antrag stellen, daß der Beklagte verurteilt werde, die Zwangsvollstreckung in das Schiff und seine Fracht für die Klagforderung zu dulden. Hier ist der Antrag von vornherein, wie bei einer gewöhnlichen Schuldklage, einfach auf Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung der Klagforderung nebst Zinsen gerichtet und dieser Anspruch ist vom Oberlandesgericht dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Das kann rechtlich begründet sein, wenn und insoweit die in den §§ 771—775 behandelten Ausnahmefälle, in denen eine persönliche Haftung des Reeders eintritt, vorliegen sollten. Solche Ausnahmefälle zu behaupten, hätte zur Begründung der Klage gehört, wenn sie auf Verurteilung zur Zahlung gerichtet werden sollte. Es ist aber weder in der Klagschrift, noch sonst in den Instanzen hierüber irgend etwas vorgebracht, auch von den Gerichten nicht danach gefragt worden. Freilich hat auch die Beklagte einen sich hierauf

beziehenden Einwand nicht geltend gemacht. Darauf aber kann es nicht ankommen. Denn die rechtliche Begründung des Klagantrags zu prüfen, bleibt immer Sache des Gerichts. Hier ist grundsätzlich eine unbeschränkte Verurteilung der Beklagten ausgesprochen, ohne daß sich ergäbe, worauf sich diese Verurteilung stützt.

Aus diesem Grunde mußte das im übrigen nicht zu beanstandende Urteil des Berufungsgerichts, soweit die Klage in Betracht kommt, gleichwohl aufgehoben und die Sache in diesem Umfange zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückverwiesen werden."

585. Zum Begriff des „Kurses" eines Schiffes (KaisVO. vom 9. Mai 97 Artt. 19, 21). Urt. vom 25. März 08, I 266/07.

„... Was sodann das Verhalten des W.-Schleppzuges anlangt, so führt das Oberlandesgericht aus, daß im Verhältnis zwischen O. und W. die Ausweichregeln der KaisVO. vom 9. Mai 97 Artt. 19 u. 21 nicht zur Anwendung zu kommen hätten, sondern nur die aus den Artt. 27 u. 29 abzuleitende allgemeine Regel, daß bei außergewöhnlichen Verhältnissen jedes Schiff den Umständen entsprechend vorsichtig manövrieren soll.

Dieser Ansicht ist trotz der Bemängelung der Revision beizutreten.

Der Art. 19 setzt voraus, daß die Kurse zweier Dampffahrzeuge sich so kreuzen, daß die Beibehaltung dieser Kurse Gefahr des Zusammenstoßes mit sich bringt. Bei der O. konnte, als sie aus dem K.er Hafen herauskam, von der Verfolgung eines bestimmten Kurses in diesem Sinne nicht die Rede sein. Sie wollte elbabwärts und mußte daher eine Wendung nach links machen. Bei geradliniger Fortsetzung ihrer Fahrtrichtung hätte sie binnen kurzem gegen das Norduſer anrennen müssen. So wenig ihr daher vernünftigerweise die Befolgung der Vorschrift des Art. 21, ihren Kurs und ihre Geschwindigkeit beizubehalten, angesonnen werden darf, so wenig kann der W. angesonnen werden, die Richtung, in der die O. anlag, als sie sich im Hafeneingange befand, als ihren ‚Kurs' anzusehen. Es ist unrichtig, wenn die Revision meint, der Begriff ‚Kurs' setze nicht unbedingt eine gerade Linie voraus, sondern treffe auf jede Linie zu, der ein Fahrzeug folgen müsse, wenn es ohne Rücksicht auf andere Fahrzeuge sein Ziel erreichen wolle. In diesem Sinne ist der Kurs eines Schiffes dem andern Schiffe kaum je erkennbar. Ob die O. elbabwärts oder elbaufwärts wollte, konnte die W. zunächst nicht wissen. Art. 19 hat aber die Erkennbarkeit des Kurses zur notwendigen Voraussetzung ..."

586. Stempeldruck auf einem Wechsel. Legitimation des Inhabers, dessen Blankogiro zuletzt steht (WO. Artt. 9 ff., 36). Urt. vom 2. Mai 08, I 71/08.

„... Was den materiellen Angriff anlangt, so kann zunächst angesichts des unangefochten gebliebenen Tatbestandes des Berufungsurteils in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden, daß sich über dem Giro des F. A. auf dem Wechsel der Stempeldruck der klägerischen Firma befindet; denn der Berufungsrichter hat festgestellt, daß dem Giro des F. A. das Blankogiro der klägerischen Firma voraufgeht. Die jetzige Behauptung der Revision würde indessen auch an der Beurteilung nichts ändern. Stände an Stelle des Blankogiros nur ein als Giro gemeinter Stempeldruck, so würde er wechselrechtlich ohne Bedeutung sein, würde dann aber auch nicht die etwaige Legitimation des Klägers aus dem Blankogiro des A. beseitigen (vgl. ROHG. 18, 139). Ebensowenig würde eine Unterbrechung der Reihe der Indossamente dann vorliegen, wenn man den Stempeldruck in Verbindung mit der Unterschrift des A. als ein Namensindossament des letzteren auf den Kläger ansehen müßte. Es kommt daher nur noch darauf an, ob, was die Revision hauptsächlich betont, die Legitimation des Klägers zur Protesterhebung um deswillen zu verneinen ist, weil damals (wie übrigens noch jetzt) an letzter Stelle sein Blankoindossament auf dem Wechsel stand.

Allerdings ist nun wiederholt vom Reichsgerichte im Anschlusse an die Rechtsprechung des ROHG. (vgl. RGZ. 1, 34 Note 1) ausgesprochen worden, daß ein Indossator, wenngleich Besitzer des Wechsels, dann nicht zur Protesterhebung legitimiert sei, wenn sich aus der Wechselurkunde zur Zeit des Protestes ergibt, daß durch sein weiteres Indossament nach ihm ein Dritter Eigentümer des Wechsels geworden war, und diese Legitimation des Dritten nach der Urkunde auf Grund des undurchstrichenen Indossaments noch besteht. Der Besitzer kann dann seine eigene Legitimation aus der Urkunde nur dadurch herstellen, daß er vor der Protesterhebung sein Indossament durchstreicht (RGZ. 1, 32; 27, 41; 32, 77).

In allen diesen Fällen wurde aber durch das Indossament des Besitzers ein bestimmter Dritter als Eigentümer des Wechsels legitimiert. Anders liegt die Sache hier, wo nur ein Blankoindossament der Klägerin auf das ihre Legitimation begründende Indossament folgt. Durch ein Blankoindossament wird jeder beliebige Besitzer des Wechsels zur Geltendmachung legitimiert. Es liegt kein rechtlicher Grund vor, denjenigen, von dem das Blankoindossament ausgeht, von dieser Legitimation auszuschließen. So ist diese Frage bereits wiederholt vom Senate entschieden worden (BolzePr. 3 Nr. 542; Rep. I 453/03, Urt. vom 11. Jan. 04; Rep. I 399/06, Urt. vom 14. Sept. 06; vgl. auch Rehbein, WO., 7. Aufl., Art. 9 Note 6; Staub-Stranz, WO. Art. 13 Anm. 2; Art. 36 Anm. 13 Abs. 2; Bernstein, WO. Art. 12 § 3 S. 95) ..."

537. Erhöhung des Geschäftsanteils der Genossen (GenG. § 134). Urt. vom 25. April 08, I 686/07.

„... Die Erhöhung des Geschäftsanteils enthält so wenig, wie die Abschreibung des Verlusts von den Geschäftsguthaben der Genossen, einen Eingriff in deren Sonderrechte, sondern es handelt sich dabei um genossenschaftliche Duldungspflichten, worüber entgegen dem Widerspruch des einzelnen Genossen durch Stimmenmehrheit entschieden wird (vgl. RGZ. 60, 414) ..."

538. Pflicht des Geschäftsführers einer G. m. b. H., die Lagerbestände zu überwachen (GmbHG. § 43). Urt. vom 31. März 08, II 587/07.

„... Das Berufungsgericht geht rechtlich einwandfrei davon aus, der Klaganspruch lasse sich nach richtiger Rechtsauffassung nur auf GmbHG. § 43 stützen. Es führt sodann aus, an der in § 43 a. a. O. bestimmten Haftung ändere es nichts, wenn der Geschäftsführer zugleich Mitgesellschafter sei. Damit ist der Einwand des Beklagten ohne Gesetzesverletzung beseitigt, er hafte, weil er Gesellschafter sei, auch als Geschäftsführer nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anwende.

Nach § 43 haben die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden und haften, wenn sie ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte habe es jedenfalls seit Anfang 1900 an der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes unbedenklich fehlen lassen. Nachdem er aus einem näher erörterten Vorkommnisse zu Anfang 1900 habe ersehen müssen, daß er sich auf die Angaben des P. nicht verlassen könne, habe es die für einen ordentlichen Geschäftsmann gebotene Sorgfalt unbedingt gefordert, daß er zum mindesten vom Beginne des Jahres 1900 den P. schärfer überwachte und in gewissen, nicht zu lange bemessenen Zwischenräumen an Ort und Stelle die gebrochenen Steine kontrollierte. Diese Kontrolle sei um so mehr geboten gewesen, als P. keine Sicherheit gestellt hatte und seine Grundstücke, weil schon damals überlastet, keine Sicherheit boten. Diese Kontrolle hätte der Beklagte selbst vornehmen sollen, da es ihm an Zeit dazu nicht gefehlt habe; wenn er aber geschäftlich nicht abkömmlich war, so hätte er sie durch eine andere vertrauenswürdige Person ausüben lassen müssen. — Eine solche Kontrolle sei auch ausführbar gewesen, was im einzelnen näher dargelegt wird. Der Beklagte

habe überdies nicht einmal die vorhandenen Lagerbestände geprüft, bevor er sie in das alljährliche Inventar aufnahm. So hätten Ende Dezember 1900 nach den bezahlten Löhnen noch 96 Doppelwagen vorhanden sein sollen; in dem Inventar sei aber gar kein Bestand aufgeführt, während nach den Bekundungen P.s auf Th. höchstens das Fehlen einer Menge von 20—25 cbm unbemerkbar bleiben konnte. — Auf Grund dieser Pflichtverletzung hafte der Beklagte der Klägerin für den Schaden in dem durch die Urteilsformel beschränkten Umfange.

Der Revisionskläger rügt Verletzung des § 43, da die geforderte Kontrolltätigkeit nicht in das Bereich der dem Beklagten obliegenden Geschäfte falle. Das Berufungsgericht bejaht indes rechtlich einwandfrei, daß die gedachte Kontrolltätigkeit zu den dem Beklagten obliegenden Geschäften gehörte, daß er dazu ferner hinreichende Zeit gehabt hätte und daß er, wenn er durch andere Geschäfte daran gehindert war, die gedachte Kontrolle durch Dritte hätte vornehmen können . . ."

539. Doppeltes Klagrecht des aus einer G. m. b. H. ausgeschlossenen Genossen, der die Ausschließung als zu Unrecht geschehen bekämpft. Wann ist die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig? (GmbHG. § 51; ZPO. § 547 Nr. 2). Urt. vom 7. März 08, I 263/07.

„Die Revision kann nicht für zulässig erachtet werden. Unzweifelhaft handelt es sich bei dem Streit über Zugehörigkeit zu einem Konsumverein um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Wert des Streitgegenstandes ist vom Oberlandesgericht auf nur 450—650 ℳ festgesetzt (Bl. 105 d. A.). Daß diese Festsetzung zu niedrig wäre, hat der Beklagte nicht behauptet, vielmehr entspricht sie seiner eigenen Schätzung (Bl. 98). Er glaubt, sich auf ZPO. § 547 Nr. 2 stützen zu können, wonach es der Revisionssumme nicht bedarf bei Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind. Allein ein solcher Anspruch ist hier nicht erhoben, insbesondere greift GenG. § 51 Abs. 3 Satz 2 nicht Platz.

Der § 51 GenG., der dem § 190a AktG. vom 18. Juli 84 nachgebildet ist, bezweckt, in der Anfechtungsklage gegen Generalversammlungsbeschlüsse ein Individualrecht des Genossen zu regeln, das dieser als Träger des Gesamtwillens der Genossenschaft ausübt. Wegen der Wichtigkeit, die solche Anfechtungen für die Genossenschaft haben, ist die Klage an eine kurze Frist geknüpft (Abs. 1), dem Urteil Wirkung gegen alle Genossen verliehen (Abs. 5) und die Bekanntmachung der Klagerhebung angeordnet (Abs. 4). Aus demselben Grunde sollen mehrere Anfechtungsprozesse verbunden werden; um dies zu erleichtern, ist das Landgericht des Sitzes der Genossenschaft für ausschließlich zuständig erklärt (Abs. 3). Vgl. die Motive zum AktG. und zum GenG. (Reichstagsdrucksachen 5. Legislaturperiode IV. Session 1884 Nr. 21 S. 81—83; 7. Legislaturperiode IV. Session 1888/89 Nr. 28 S. 84 ff.).

Die Erwägungen des Gesetzgebers treffen nicht zu, wenn ein Mitglied seine Ausschließung aus der Genossenschaft als zu Unrecht geschehen bekämpft. Die Gesamtheit ist bei diesem Streite nicht, jedenfalls nicht in erster Linie beteiligt. Im Interesse der Genossenschaft tritt der Kläger nicht auf; er sucht lediglich seinen eigenen Vorteil und macht ein Recht geltend, bei dem ihm die Genossenschaft als Verpflichtete gegenübersteht. Dieses Recht ist kein Individualrecht, sondern hat sonderrechtlichen Charakter. Daher hat das Reichsgericht entschieden, daß ein Genosse bei Anfechtung seines Ausschlusses nicht an die Formen des GenG. § 51 gebunden ist (Urt. des 1. ZS. vom 15. März 02 und 3. März 04, RGZ. 51, 91; 57, 157; vgl. auch Parisius-Crüger, Genossenschaftsgesetz, 5. Aufl., S. 366, 415 ff.).

Hieraus ergibt sich nun freilich nicht, daß die Klage nach GenG. § 51 für

solche Anfechtungen nicht statthaft wäre. Ist die Ausschließung durch Beschluß der Generalversammlung erfolgt und soll dargetan werden, daß der Beschluß unter Verletzung des Gesetzes oder des Statuts zustande gekommen sei, so steht einer Klage nach § 51 nichts entgegen. Der Verletzte hat eben zwei verschiedene Wege, sein Recht zur Geltung zu bringen. Er kann nach § 51 vorgehen, indem er die dort angeordneten Beschränkungen beobachtet. Oder er erhebt eine gewöhnliche Klage, die an jene Schranken nicht gebunden ist. Nur im ersteren Falle aber tritt die Wirkung ein, daß die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands zulässig ist. Daher muß jedesmal dann, wenn der Beschwerdegegenstand die Revisionssumme nicht erreicht, die Natur der angestellten Klage untersucht werden. Von ihr hängt dann die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels ab (vgl. auch das Urt. vom 7. Juli 06, Rep. I 77/06 in HoldheimsMSchr. 06, 312).

Im vorliegenden Fall kann die Prüfung nicht zugunsten des Revisionsklägers ausfallen. Allerdings ist die Klage innerhalb der Monatsfrist des § 51 Abs. 1 erhoben. Aber die Klagschrift läßt erkennen, daß ein Vorgehen nach § 51 nicht beabsichtigt wurde. Nicht nur, daß dieser Paragraph nicht in Bezug genommen ist: als gesetzlicher Vertreter des beklagten Vereins ist nur der Vorstand genannt. Dies würde in Widerspruch stehen mit Abs. 3 Satz 2, wonach die Genossenschaft, außer durch den Vorstand, auch durch den Aufsichtsrat vertreten werden muß. Demnach muß die Revision verworfen werden (ZPO. § 554a Abs. 1) ..."

540. Bestellung von Sicherheit, nachdem eine ungültige Terminschuld in ein Darlehn umgewandelt worden ist (BörsG. a. F. § 66 Abs. 3, 4). Urt. vom 11. April 08, I 17/07.

„... Die 30000 ℳ L.-B. hatte die Beklagte auf Grund eines Auftrags des Klägers am 7. April 1903 auf Lieferung zum 30. April gekauft. Am 24. April schrieb der Kläger, er wünsche das Geschäft nicht zu prolongieren, sondern ersuche den Beklagten, die Stücke aufzunehmen und für seine Rechnung in Depot zu behalten, den Kaufpreis aber zu verauslagen und seinem Konto zu belasten. Diesen Auftrag hat der Beklagte ausgeführt. Ende Februar 1904 hat der Beklagte dann eine weitere Lombardierung abgelehnt und die Aktien verkauft. In dem Kontokorrente (Bl. 28) ist der Kläger mit dem Einkaufspreise von 71175 ℳ belastet und mit dem Verkaufspreise von 48709,50 ℳ erkannt.

Daß der ursprüngliche Auftrag auf Ausführung eines Börsentermingeschäfts ging, ist vom Kammergerichte mit Recht angenommen und wird auch von der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen. In Frage kann nur kommen, ob der Umstand der Forderung des Beklagten eine rechtsgültige Unterlage gibt, daß er nach dem Auftrage des Klägers vom 24. April 1903 die Effekten abgenommen und den Kläger mit dem Kaufpreise belastet hat. Die Revision will darin die Eingehung eines neuen und selbständigen Depot- und Lombardvertrags sehen, aus dem eine rechtsgültige Forderung erwachsen sei. Dabei wird der Rechtssatz verkannt, daß so wenig wie die Spielschuld (RGZ. 47, 52) die ungültige Terminschuld durch Umwandlung in ein Darlehn klagbar wird. Wenn daher auch — wie allerdings anzunehmen ist — das ursprüngliche Termingeschäft durch die Vorgänge am Stichtage i. S. von BörsG. § 66 Abs. 4 als völlig abgewickelt gelten muß und wenn auch mit der Klage eine Leistung zurückgefordert wird, die der Kläger nach diesem Zeitpunkte gemacht hat, so ist diese Leistung doch nicht ‚zur Erfüllung' des Börsentermingeschäfts gemacht. Vielmehr ist lediglich eine Sicherheit für die Erfüllung des abgewickelten Geschäfts bestellt. Es kommt also nicht Abs. 4, sondern Abs. 3 des § 66 zur Anwendung, nach dem sich die Unwirksamkeit des Geschäfts auch auf die bestellten Sicherheiten erstreckt ..."

541. Zum Begriff der Patentverletzung (PatG. § 4). Urt. vom 11. April 08, I 319/07.

„Eine Patentverletzung wird aber dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Ausführung des geschützten Verfahrens in einem Punkte unvollkommen ist und diese Unvollkommenheit dann wieder durch eine neue Zutat in einer den Erfolg verbürgenden Weise ausgeglichen wird. Denn dabei bleibt bestehen, daß das Verfahren, als Ganzes betrachtet, im Bereiche des der Klägerin zustehenden Patents liegt . . .“

542. Teilweise Benutzung eines geschützten älteren Verfahrens bei einem neuen Verfahren (PatG. §§ 4, 35). Urt. vom 15. April 08, I 238/07.

„. . . Anders aber liegt die Sache bei dem Patente 146148.

Es ist zwar richtig, daß zwischen dem dort geschützten Verfahren und dem Verfahren der Beklagten ‚wesentliche Unterschiede‘ bestehen. Es ist aber unrichtig, wenn die Vorinstanz daraus folgern zu können glaubt, daß das letztere Verfahren ein ganz selbständiges, von dem ersteren unabhängiges sei. Wesentlich verschieden von einem älteren Verfahren muß ein neueres stets dann sein, wenn es eine neue Erfindung darstellt, doch schließt dies eine Abhängigkeit keineswegs aus. Ebenso rechtsirrtümlich ist es, wenn die Entscheidung des Landgerichts teils auf ‚wesentliche Abweichungen‘ beider Verfahren, teils darauf gegründet wird, daß das Verfahren der Beklagten einen ‚Fortschritt in technischer Beziehung‘ gegenüber dem der Klägerinnen enthalte (II Bl. 105). Denn beides ist geradezu Erfordernis einer patentierbaren Abhängigkeitserfindung. Am Schlusse der Begründung des Berufungsurteils wird zwar noch gesagt: ‚Das Verfahren und die Vorrichtungen der Beklagten benutzten keine wesentlichen Merkmale des Patentes.‘ Eine derartige Feststellung würde allerdings die Entscheidung tragen, doch ist hierbei die erforderliche Begründung zu vermissen; diese ist nicht durch Hervorhebung der Unterschiede beider Verfahren zu gewinnen, vielmehr müssen die Ähnlichkeiten geprüft und untersucht werden, ob darin nicht wesentliche Erfindungsgedanken des Patentes zum Ausdrucke kommen.

Die Abhängigkeit einer neuen Erfindung von der älteren erfordert nicht notwendig, daß die ältere ganz in der neuen in Benutzung genommen wird. Vielmehr genügt schon eine teilweise Benutzung und eine Benutzung mit Abänderungen. Freilich genügt es nicht, daß sich das erfinderische Denken in beiden Fällen teilweise auf der gleichen Bahn bewegt hat, insbesondere nicht, daß die gleichen Naturgesetze zu demselben technischen Erfolge geführt haben. Wohl aber wird man die teilweise Benutzung der älteren Erfindung dann anerkennen müssen, wenn greifbare technische Teilerfolge, die zur Herbeiführung des technischen Endzweckes dienen und bei der alten Erfindung mittels erfinderischer Tätigkeit erzielt waren, auch bei der neuen Erfindung mit den gleichen technischen Mitteln hergestellt und zur Herbeiführung des Endzweckes benutzt werden . . .“

543. Nichtigkeitserklärung eines Patents wegen mangelnder Patentfähigkeit, während die Identität des Gegenstands zu verneinen ist (PatG. § 10 Nr. 1, 2). Urt. vom 13. April 08, I 441/07.

„Von einer Identität beider Konstruktionen oder auch nur von einer reinen Äquivalenz ihrer einzelnen sich entsprechenden Elemente kann hiernach keine Rede sein. Eine Grundidee ist beiden gemeinsam, die weitere Ausführung derselben ist jedoch völlig verschieden. Da nun aber gerade die spezielle Ausführung des angefochtenen Patents in dem Anspruche 1 dieses Patents so genau beschrieben ist, daß eine Verwechslung mit der H.schen Konstruktion, wie sich aus dem Anspruche 1 seines Patents ergibt, ausgeschlossen ist, so ist die Frage, ob der Gegenstand beider Ansprüche derselbe ist, zu verneinen. Nur dann wäre sie trotzdem zu bejahen, wenn das angefochtene Patent sämtliche

Elemente der H.schen Konstruktion mit den ihnen eigenen besonderen Funktionen beibehalten und nur in der Anordnung derselben technisch unerhebliche Abweichungen vorgenommen hätte, so daß eine durchgängige Äquivalenz der Einzelelemente festgestellt werden könnte. Da dies nicht der Fall war, erscheint die Klage aus PatG. § 10 Nr. 2 ohne weiteres unbegründet, ohne daß es der Untersuchung bedarf, ob der Schritt von der H.schen zu der angefochtenen Konstruktion technisch so bedeutsam war, daß der letzteren der Charakter einer patentwürdigen Erfindung zuzuerkennen wäre. Es ist denkbar, daß einer abweichenden Konstruktion der Charakter einer patentwürdigen Erfindung abgesprochen wird und sie demnach bei einer Klage aus PatG. § 10 Nr. 1 der Patentvernichtung unterliegt, während doch die Identität des Gegenstandes um deswillen verneint werden muß, weil der Patentanspruch ausdrücklich auf die Abweichungen gerichtet ist ..."

544. Neuheit des Modells (GebrMustG. § 1). Urt. vom 6. Mai 08, I 348/07.

„... Wie der Senat schon wiederholt ausgesprochen hat, darf der Umstand, daß an die Bedeutung des Erfindergedankens auf dem Gebiet des Modellschutzes geringere Ansprüche gestellt werden als auf dem des Patentschutzes, nicht dahin führen, daß von der Erfindung ganz abgesehen wird. Durch bloße Zusammenstellung bekannter Teile ohne jeden besonderen (eigenartigen) Erfolg für die Förderung des Arbeits- oder Gebrauchszwecks entsteht kein neues Modell (vgl. RGZ. 39, 120; 50, 126; JW. 97, 351 Nr. 29; 98, 612 Nr. 48; 02, 637 Nr. 20) ..."

545. Benutzung eines ausländischen Warenzeichens im Inlande (WarenZG. §§ 12, 23). Urt. vom 1. Mai 08, II 515/07.

„... Die Revision war danach zulässig. Sachlich konnte sie einen Erfolg nicht haben. Es ist zwischen Parteien unstreitig, daß der Klägerin auf Grund des für sie in der Zeichenrolle des deutschen Kaiserlichen Patentamts eingetragenen Zeichens Nr. 48205 die Rechte aus WarenZG. § 12 zustehen; die Beklagte macht aber gegenüber der gegen sie aus diesem Paragraphen abgeleiteten Klage geltend, daß die von ihr vertriebenen, mit dem betreffenden Zeichen versehenen Waren zeichenrechtlich um deswillen geschützt seien, weil sie in Schweden von einer bestimmten Gesellschaft mit dem Zeichen versehen seien und genau dieses Zeichen in Schweden für jene Gesellschaft eingetragen sei. Das Landgericht hat die Einrede für begründet erachtet; der Berufungsrichter hat sie verworfen. Letzterer nimmt zwar an, daß das Zeichenrecht als Persönlichkeitsrecht an und für sich nicht nur im Gebiete des Staates, in dem es eingetragen ist, rechtlichen Schutz genieße, und daß ein im Auslande eingetragenes Warenzeichen auch im Inlande schutzberechtigt sein könne; er ist aber der Meinung, daß bei einer Kollision des inländischen Zeichenrechts mit einem ausländischen regelmäßig das ausländische Recht dem inländischen vermöge der Unabhängigkeit und Selbständigkeit des Staates weichen müsse, daß ferner auch der Schutz des inländischen Zeichenrechts illusorisch sein würde, wenn im Inlande Waren in Verkehr gesetzt werden dürften, die im Auslande mit einem gleichartigen ausländischen Warenzeichen objektiv rechtmäßig gezeichnet seien. Die Revisionsklägerin macht demgegenüber geltend: die Wirksamkeit des deutschen Zeichenrechts finde ihre Grenze an der Wirksamkeit des nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch für das Inland als berechtigt anzuerkennenden ausländischen Zeichenrechts. Das Zeichenrecht erstrecke sich als absolutes Persönlichkeitsrecht über die Grenzen des Heimatlandes hinaus und wenn auch das Recht, andere von der Benutzung desselben Zeichens zur Bezeichnung gleichartiger Waren auszuschließen, durch Eintragung in die Zeichenrolle des Inlandes nach WarenZG. § 23 bedingt sei, so müsse dennoch das Recht des ausländischen Zeicheninhabers, seine Waren mit seinem Zeichen zu versehen und in den

Verkehr zu setzen, auch im Inlande anerkannt werden, denn die Anwendung des Zeichens sei nur die Ausübung eines, im Gebiete des dafür allein zuständigen ausländischen Gesetzes anerkannten wohlerworbenen Rechtes. Diesen Ausführungen der Revisionsklägerin ist nicht beizutreten. Sicher ist es richtig, daß das Zeichenrecht ein absolutes Recht ist und an sich durch die Grenzen des Heimatstaates nicht beschränkt wird; ebenso ist es richtig, daß der Inhaber eines im Auslande eingetragenen (oder sonst geschützten) Zeichens das Recht erworben hat, im Auslande seine Waren mit seinem Zeichen zu versehen und sie zu vertreiben; er handelt daher, wenn er dieses tut, nicht widerrechtlich, denn ihm steht die Befugnis dazu zur Seite. Eine andere Frage aber ist es, ob ihm auch das Recht zusteht, die im Auslande mit seinem Zeichen rechtmäßig versehenen Waren außerhalb seines Heimatstaates, in Deutschland, sei es selbst, sei es durch einen Dritten, zu vertreiben. Hierüber können nur die Gesetze des Inlandes bestimmen, von im Auslande wohlerworbenen Rechten kann gegenüber den inländischen Gesetzen keine Rede sein. Diese aber stellen die im Auslande eingetragenen Zeichen für das Inland einem in diesem eingetragenen Zeichen nicht gleich; sie verlangen im Gegenteil, daß, wenn ein ausländisches Zeichen auch für das Inland zeichenrechtliche Kraft haben soll, dann die Eintragung des ausländischen Zeichens in die inländische Zeichenrolle erfolgt sein muß (WarenZG. § 23). Ein nur im Auslande eingetragenes Warenzeichen hat gegenüber dem gleichartigen inländischen Warenzeichen keinerlei zeichenrechtliche Bedeutung. Auch nach dem Unionsvertrage (der Pariser Übereinkunft vom 20. März 83 nebst der Brüsseler Zusatzakte vom 14. Dez. 00) folgt daraus, daß eine Fabrik- oder Handelsmarke im Auslande geschützt ist, nur daß sie auch im Inlande zuzulassen und dann zu schützen ist; es müssen dabei aber die Förmlichkeiten und Bedingungen des inländischen Gesetzes erfüllt werden (Art. 6, 2 des Unionsvertrages). Das liegt hier nicht vor. Das Zeichen, das sich die schwedische Gesellschaft in Schweden hat eintragen lassen, ist eben nur dort eingetragen. Das für die Klägerin in Deutschland eingetragene Zeichen ist ein zweites, ein anderes, von jenem Auslandzeichen unabhängiges und selbständiges Zeichen.

In dem vorstehend dargelegten Sinne hat der Senat schon wiederholt entschieden (vgl. insbesondere RGZ. 45 S. 145/146; 54, 417; ein Urteil in Sachen P. gegen P. II 43/07 vom 4. Juni 07). RGZ. 51, 265 ff. steht auf keinem andern Boden; es handelt sich dort, wie der Berufungsrichter zutreffend ausgeführt hat, um einen ganz andern Fall; es war insbesondere das ausländische Zeichen auch in Deutschland eingetragen ..."

546. Unlauterer Wettbewerb einer Architekturfirma (UnlWG. § 1). Urt. vom 28. April 08, II 528/07.

„Die gehörig eingelegte Revision hat keinen Erfolg. Die Beklagte hat am H.-Haus in H., das von ihr erbaut ist, die von ihr hergestellte Tafel angebracht, auf welcher ‚B. — K., Architekten' als Erbauer bezeichnet sind. In den von ihr versendeten Drucksachen hat sie sich häufig als ‚B. & K., Architekten' bezeichnet. Hierin erblickt der Berufungsrichter eine öffentliche Bekanntmachung und Mitteilungen über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über gewerbliche Leistungen, i. S. des UnlWG. § 1 Abs. 1. Bei dem Fehlen jedes auf eine Firma hindeutenden Zusatzes müsse dem baulustigen Publikum der Gedanke kommen, und zwar namentlich im Hinblick auf die persönlich gebildete Bezeichnung ‚Architekten', daß es sich bei den vorangeschickten beiden Namen B. & K. um zwei natürliche Personen, um die zwei Architekten B. und K. handle, die sich zu einer Firma verbunden hätten. Danach müsse — so fährt der Berufungsrichter fort — das in Betracht kommende Publikum in den Glauben versetzt werden, daß von diesen beiden Architekten persönlich

die Entwürfe zu den in den Drucksachen abgebildeten Bauten herrührten, daß in dem H.-Haus der künstlerische Gedanke dieser zwei Architekten zur Ausführung gelangt sei. Bei dem Publikum werde somit die Meinung hervorgerufen, das architektonisch Wertvolle an den Entwürfen und Bauten der Beklagten sei individuelle Schöpfung der zwei als bedeutende Künstler angepriesenen, namentlich bezeichneten Persönlichkeiten. Die Beklagte habe somit Angaben tatsächlicher Art i. S. des UnlWG. § 1 Abs. 1 gemacht. Diese Angaben seien aber unrichtig. Eine Person namens B. sei an den Entwürfen und Bauten der Beklagten überhaupt nicht beteiligt, sondern bereits anfangs der 1890er Jahre aus der Gesellschaft ausgeschieden. K., der derzeitige Geschäftsführer der Beklagten, sei Kaufmann, der nach dem eigenen Vertrag der Beklagten lediglich öfter ein ausschlaggebendes Wort bei den Arbeiten der Architekten der Firma mitspreche, damit aber seien die Entwürfe und Bauten der Beklagten nicht das geistige Erzeugnis eines Architekten K., sondern geistige Erzeugnisse der wechselnden angestellten Architekten der Beklagten.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Beklagte. Sie rügt, daß der Berufungsrichter nicht prüfe, ob sich nicht aus den Drucksachen das Auftreten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ergebe. Der Berufungsrichter würdigt jedoch diesen Umstand ganz besonders. Er führt Blatt 123 aus, es hätte, wenn Beklagte nur den Charakter ihrer gewerblichen Leistungen als architektonische bezeichnen wollte, nichts näher gelegen, als den auf der Abbildung des H.-Hauses gebrauchten Ausdruck ‚Architektur' zu benutzen. Die Beklagte vermeide aber geflissentlich alles, was sie als eine Gesellschaft m. b. H. kenntlich mache, den Zusatz ‚G. m. b. H.' wie jeden eine Firma andeutenden Vermerk, obgleich dazu ihrer Behauptung entgegen genügend Raum auf der am H.-Haus angebrachten Tafel gewesen wäre, habe Beklagte weggelassen. Die Beklagte lasse deutlich erkennen, daß sie geradezu darauf ausging, den Anschein des Natürlich-Persönlichen zu erwecken.

In diesen Ausführungen ist dasjenige enthalten, was die Beklagte vermißt.

Die Beklagte macht ferner geltend, ihr Geschäftsführer K. habe sich durch Selbststudium zu einem Architekten gebildet, er dürfe sich daher auch als Architekt bezeichnen. Es kann ganz davon abgesehen werden, daß ein Beweis für die architektonischen Kenntnisse K.s nicht angeboten ist. Denn darauf, ob sich K. als Architekt bezeichnen kann, kommt es nicht an. Der Berufungsrichter verneint, daß das Publikum, auf dessen Auffassung hin nach UnlWG. § 1 Abs. 1 die Entscheidung zu geben ist, unter einem Architekten gerade nur einen akademisch ausgebildeten Bausachverständigen versteht. Dieser Standpunkt ist von keiner Seite angegriffen. Der Mangel eines akademischen Studiums macht also die Bezeichnung als Architekt nicht unrichtig. Unrichtig an der Bezeichnung ‚B. & K., Architekten' oder ‚B. — K., Architekten' ist, wie bereits hervorgehoben, daß nach der Darlegung des Berufungsrichters dem Publikum die nicht vorhandene künstlerische Betätigung zweier bestimmter Persönlichkeiten vor Augen geführt werden soll.

Die Erwägungen des Berufungsrichters bleiben also darin unerschüttert, daß die Beklagte in einer öffentlichen Bekanntmachung und in Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über ihre geschäftlichen Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit ihrer gewerblichen Leistungen unrichtige Angaben tatsächlicher Art gemacht hat. Aber auch an dem letzten Erfordernis des UnlWG. § 1 Abs. 1, daß nämlich diese unrichtigen Angaben geeignet sein müssen, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen, fehlt es nicht.

Der Berufungsrichter bemerkt über diesen letzten Punkt, das baulustige Publikum lege Wert gerade auf die Persönlichkeit und die Individualität des zuzuziehenden Architekten, auf das künstlerische Können, auf die architektonischen vorhandenen Leistungen individueller Art. Die hierin ausgeprägte Individualität gewähre eine gewisse Garantie dafür, daß die künftig aus-

zuführenden Bauten die gleichen individuellen Vorzüge haben werden. Wenn nun die Beklagte durch ihre Kundgebungen den Glauben erwecke, ihre bisherigen Entwürfe und Bauten stammten von den beiden Architekten B. und K. persönlich, so erwecke sie den Anschein, daß auch die ihr künftig zu übertragenden Arbeiten von denselben Künstlern herrührten, denselben architektonischen individuellen Wert hätten und denselben Baustil aufweisen würden; hierin liege der Anschein eines besonders günstigen Angebotes, in Wirklichkeit sei die durch die Person der Architekten B. und K. zu leistende Garantie aber nicht gegeben gewesen, wie dies bereits erörtert ist.

Gegen diese Darlegungen ist nichts zu erinnern. Die Beklagte meint, es werde der mit der Beklagten in Beziehung tretende Baulustige sich erkundigen, wie es sich mit den Namen B. und K. verhalte, und dann Aufklärung erhalten. Auf diesen Umstand kommt es jedoch nicht an, sondern nur darauf, ob dem Publikum gegenüber durch die Kundgebung der Anschein eines besonders günstigen Angebotes erweckt ist. Daß das Publikum bei genauer Erkundigung zu entdecken vermag, daß das Angebot nicht so günstig ist, ist unerheblich ..."

547. **Anfechtbarkeit der Abtretung einer Hypothek** (KO. § 30 Nr. 2). Urt. vom 14. April 08, VII 393/07.

„... Für die Entscheidung der Frage, ob die Zession der Anfechtung aus KO. § 30 Nr. 2 unterliegt, genügt noch nicht die Prüfung, ob sie nach der Zahlungseinstellung erfolgt ist und ob der Beklagte seine Nichtkenntnis der Zahlungseinstellung nicht nachgewiesen hat. Es bedarf vielmehr in bezug auf sie noch einer besonderen Feststellung darüber, ob die angefochtene Rechtshandlung — was sich bei der Pfändung vom 12. Januar 1904 ohne weitere Erörterung ergab — die Konkursgläubiger benachteiligt, d. h. unmittelbar oder mittelbar ihre Befriedigung verkürzt. Das ist ebenfalls Voraussetzung der Anfechtung und diese Voraussetzung steht bei der Hypothekenzession nicht ohne weiteres fest, sie muß vielmehr nach der Lage des vorliegenden Falls noch besonders dargetan werden. Denn die Zession soll erfolgt sein, um die Freigabe der im Auftrage des Beklagten vom 4. Dezember 1903 gepfändeten Gegenstände zu erzielen. Durch diese Zwangsvollstreckung aber erlangte der Beklagte, da, soviel die bisherigen Feststellungen ergeben, die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners erst am 15. Dezember 1903 erfolgt ist, ein der Anfechtung aus dem allein hier in Frage stehenden § 30 KO. nicht unterliegendes Pfandrecht. Ist nun die Abtretung der Hypothek lediglich als Gegenleistung für das Aufgeben dieses Pfandrechts vereinbart und demgemäß erfolgt, so sind die Konkursgläubiger, wie die Revision mit Recht geltend macht, nur benachteiligt, wenn die abgetretene Hypothek für ihre Befriedigung wertvoller ist, als dies die von dem Beklagten freigegebenen Gegenstände sind.

Es bedarf deshalb noch weiterer Erörterungen und Feststellungen sowohl über den Inhalt der zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beklagten getroffenen Vereinbarung, wie über das Wertsverhältnis der Hypothek zu den gepfändeten und freigegebenen Gegenständen der Pfändung vom 4. Dezember 1903. Daß, weil eine Teilhypothek in Höhe von 12000 ℳ abgetreten ist, sie auch auf 12000 ℳ zu bewerten ist, kann, da die Bewertung einer Hypothek von ihrer Sicherheit abhängt, nicht ohne weiteres angenommen werden.

Es muß deshalb auch, wenn, wie dies jetzt zu I 20 der Urteilsformel geschehen ist, Beklagter, falls er die Hypothek nicht zurückgeben kann, zum Wertsersatz verurteilt werden soll, festgestellt werden, welchen Wert die Hypothek für die Konkursmasse hat. Der Nominalbetrag der Hypothek allein kann auch hierbei nicht entscheidend sein.

Hiernach war das angefochtene Urteil zu I 2 der Urteilsformel und im Kostenpunkte aufzuheben und die Sache in diesem Umfange in die Vorinstanz zurückzuverweisen ..."

548. Begriff der Zahlungseinstellung (KO. § 102 Abs. 2). Urt. vom 12. Mai 08, VII 401/07.

„... Diese Feststellung entbehrt der ausreichenden Grundlage und die zu ihrer Begründung gegebenen Ausführungen legen die Vermutung nahe, daß von einer unzutreffenden Auffassung des Begriffs der Zahlungseinstellung, wie dieser vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung aufgefaßt wird, ausgegangen ist. Danach charakterisiert sich die Zahlungseinstellung nicht etwa wie die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung als ein Zustand, aus dessen unbestrittenem Bestehen an einem bestimmten Tag auch auf dessen Vorliegen zu einer früheren Zeit rückwärts geschlossen werden könnte, sondern sie stellt sich als eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Gemeinschuldners dar, durch die er nach außen zu erkennen gibt, daß er seine fälligen Geldschulden in ihrer Allgemeinheit aus nicht nur vorübergehendem Mangel an Zahlungsmitteln nicht mehr erfüllen kann. Nun hat erliegend der Gemeinschuldner S. nicht nur seinen Gläubigern gegenüber durch den Justizrat G. unter dem 29. Juni 1904 erklärt, daß er ‚an diesem Tag' seine Zahlungen eingestellt habe, sondern er hat auch dem Amtsgericht gegenüber bei Beantragung des Konkurses die gleiche Erklärung abgegeben. Um zu der Annahme einer bereits vor dem 24. Juni 1904 liegenden Zahlungseinstellung gelangen zu können, hätte es deshalb der Feststellung bestimmter anderer Tatsachen bedurft, in denen eine Erklärung der angegebenen Art zu erkennen ist. An einer solchen ausreichenden Feststellung hat es aber der Berufungsrichter fehlen lassen ..."

549. Ist das für den Klaganspruch zuständige ordentliche Gericht auch für eine Widerklage zuständig, mit der ein Anspruch geltend gemacht ist, die sonst zur Zuständigkeit eines nach der Klagerhebung inzwischen begründeten Kaufmannsgerichts gehört? Ermittlung des Jahresarbeitsverdienstes von Amts wegen zur Feststellung der Zuständigkeit. Vermutung für die des Kaufmannsgerichts. Behandlung der Aufrechnungseinrede (KfmGG. §§ 1, 4, 5, 6, 21). Urt. vom 12. Mai 08, III 494/07.

„... Die Klage ist vor dem 1. Januar 1905, dem Tage des Inkrafttretens des Gesetzes über die Kaufmannsgerichte, erhoben, für sie ist ohne Zweifel nach KfmGG. § 21 das ordentliche Gericht zuständig. Die Widerklage ist am 29. Mai 1905 durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben worden. Erst an diesem Tage wurde sie i. S. des § 21 ‚anhängig', mochte sie auch, wie die Akten ergeben, längst vorher angekündigt sein (ZPO. § 281; KfmGG. § 16 Abs. 1; GewGG. § 24; Urt. des 3. ZS. des RG. vom 3. Juli 06 zur Sache III 90/06). Da nun am 29. Mai 1905 das Kaufmannsgericht zu N. bereits bestand (vgl. GewG. 05 Spalte 37 u. 273), so gehörten die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche, soweit für sie die Voraussetzungen des KfmGG. in den §§ 1, 4 u. 5 erfüllt waren, vor dieses Gericht, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte war nach § 6 des Gesetzes ausgeschlossen.

Rechtsirrtümlich sind die Gründe, mit denen das Berufungsgericht die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts für die Widerklage zu begründen sucht. Ohne die Natur der in Frage kommenden Streitigkeiten nach den Gesichtspunkten des KfmGG. §§ 1 u. 5 zu untersuchen, meint es, die Widerklage gehöre schon wegen ihres Zusammenhangs mit der Klage — beide beträfen dieselbe bestrittene Frage — vor dasselbe Gericht wie die Klage. Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs ist für die Widerklage überall selbständig zu prüfen, gleich als ob sie als Klage erhoben wäre. Und wenn zwischen Erhebung der Klage und Erhebung der Widerklage durch Änderung der Gesetzgebung für den mit der Widerklage verfolgten Anspruch der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen wird, so kann der rechtliche Zusammenhang zwischen beiden diese Wirkung des Gesetzes nicht beseitigen. Eine Übergangsvorschrift ist für

diesen Fall nicht getroffen, § 21 des Gesetzes beläßt nur die bereits ‚anhängigen Streitigkeiten‘ bei den bisherigen Behörden und unter ‚Streitigkeit‘ ist hier wie in den §§ 1 u. 5 der einzelne streitige Anspruch zu verstehen, der durch den Akt der Klage oder Widerklage rechtshängig wird ...

Die Revision ist der Meinung, daß es für die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts hinsichtlich der Widerklage auf die Behauptung des Widerklägers über die Höhe der Bezüge ankomme. Das ist nicht richtig. Entscheidend ist die objektive Sachlage; das Gericht hat von Amts wegen festzustellen, wie viel der Jahresarbeitsverdienst beträgt. Kann die Feststellung, daß der Handlungsgehilfe mehr als 5000 ℳ verdient, wegen unsicherer Bezüge nicht getroffen werden, so muß das Kaufmannsgericht als zuständig gelten. Denn das ist die Regel, § 4 die Ausnahme (vgl. Mugdan-Cuno, GewGG., § 3 Anm. 4; Wilhelmi-Bewer, GewGG., § 3 Anm. 9) ...

Dagegen sind die Ansprüche des Beklagten in diesem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten jetzt schon insoweit auch sachlich zu prüfen, als der Aufrechnungseinwand reicht. Denn das Recht der Aufrechnung ist nicht davon abhängig, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen beide vor den ordentlichen oder beide vor den Kaufmannsgerichten einklagbar sein müßten. Die Aufrechnung ist ein einfacher Tilgungsgrund des bürgerlichen Rechts, im Prozesse wird nur festgestellt, ob die Tilgung erfolgt ist. Die Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit von Forderungen sind im bürgerlichen Rechte bestimmt und dieses enthält keine Vorschrift, wonach in Fällen der vorliegenden Art die Aufrechnung unstatthaft wäre (vgl. Mot. z. GewGG. von 1890 S. 27 ff.; Haas, GewGG., § 27 Anm. 15/16; v. Schulz, KfmGG., S. 145 Anm. 6; Gaupp-Stein, ZPO., 8./9. Aufl., § 145 bei Note 35) ...“

550. Unzulässigkeit der Widerklage auf Feststellung eines Zurückbehaltungsrechts, wenn die Aufrechnung möglich ist, aber abgelehnt wird. Erfordernis des Zusammenhangs für die Zulässigkeit der Widerklage (ZPO. §§ 33, 256, 278, 280). Urt. vom 24. April 08, II 524/07.

„... Gegen diese Auffassung richten sich die Angriffe der Beklagten, Widerklägerin. Diese Angriffe können unerörtert bleiben, weil sich das angefochtene Urteil aus anderen Gründen rechtfertigt. Es fehlt der Feststellungswiderklage nämlich an dem von ZPO. § 256 geforderten rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung.

Die Widerklägerin behauptet zur Begründung ihrer Feststellungswiderklage, es stehe ihr aus Wandlung und Preisminderung eine fällige Forderung gegen die Klägerin zu, welche den eingeklagten Kaufpreis um ein Bedeutendes übersteige; diese ihre Gegenforderung hat die Widerklägerin ziffermäßig genau berechnet. Im Widerklagantrag wird die Feststellung der Gegenforderung in dieser Höhe begehrt, die Widerklägerin ist danach in der Lage, aufzurechnen und die Leistungsklage zu erheben. Die Leistungsklage will die Beklagte aber nicht erheben, sondern, wie sie in den Instanzen ausführt, zunächst eine Feststellung ihrer Gegenansprüche in der angegebenen Höhe erstreiten, um dann in einem zweiten Prozeß Leistung zu verlangen und aufzurechnen. In dem Feststellungsprozeß will die Widerklägerin nur von der Zurückbehaltungseinrede Gebrauch machen in der Meinung, daß sie mit deren Hilfe die Abweisung der an sich unstreitigen und fälligen Klagforderung erreichen könne. Nun mag die Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht nur bei ungleichartigen Ansprüchen stattfindet, dahingestellt bleiben. Wenn aber das Zurückbehaltungsrecht wegen einer fälligen Geldforderung gegen eine fällige Geldforderung geltend gemacht wird, so ist dies in Wahrheit regelmäßig die Erklärung der Aufrechnung, die ja nach BGB. § 388 keiner Form bedarf. Aufrechnung und Zurückbehaltung sind in ihrem rechtlichen Wesen allerdings nach Voraussetzung und Wirkungen verschieden, wie dies z. B. Lotmar, Der Arbeitsvertrag 1, 423 mit Bezug auf BGB. § 394 sehr eingehend dargelegt hat. Allein darauf kommt

es hier nicht an, wie es sich mit dem Zurückbehaltungsrecht verhält, wenn eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist und gegen diese daher nach BGB. § 394 eine Aufrechnung nicht stattfindet. Hier ist von Unpfändbarkeit keine Rede. Soweit BGB. § 394 nicht in Betracht kommt, wie dies hier der Fall ist, führt die Zurückbehaltung an einer fälligen Geldforderung auf Grund einer fälligen Geldforderung zu demselben Ergebnis wie die Aufrechnung. Die Zurückbehaltung würde nach BGB. § 374 zur Verurteilung Zug um Zug führen. Wo es sich aber um Geldforderungen auf beiden Seiten handelt, können Geldleistungen Zug um Zug unter gewöhnlichen Umständen — und es ist hier nichts Außergewöhnliches erkennbar — nur den Sinn einer Aufrechnung haben. Insoweit ist den Ausführungen von Dernburg 2, 1 § 59 III, Rehbein 2, 361 und Hellmann, KrVJSchr. 44, 120 beizutreten. Nun hat die Widerklägerin auf ausdrückliches Befragen in zweiter Instanz sich dagegen verwahrt, die Aufrechnung erklärt zu haben oder erklären zu wollen. Diese Erklärung ist eine widersinnige, wie sich aus obigen Darlegungen ergibt. Es kann daher auch nicht ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Widerklaganspruchs von dem Gesichtspunkt aus angenommen werden, daß die Widerklägerin ein Interesse an einem von dem Widerklaganspruch abhängigen Zurückbehaltungsrecht habe.

Das Fehlen eines rechtlichen Interesses nach ZPO. § 256 ist von Amts wegen zu beachten. In eine Prüfung dieser Frage nach dem alsbaldigen Interesse war einzutreten, weil der Berufungsrichter über die Frage des Zusammenhanges nach ZPO. § 33 erkannt hat, das Erfordernis des Zusammenhanges nach ZPO. § 33 aber nicht nur für die Gerichtszuständigkeit, sondern auch für die Zulässigkeit der Widerklage eine Voraussetzung bildet. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht auf diesem Standpunkt und auch die Literatur neigt sich überwiegend dieser Auffassung zu (vgl. Remelé-Unger § 33 I Anm. 5 und Skonintzki-Gelpke § 33 Anm. 5 a und b). Der Berufungsrichter hat also sachlich geprüft und geurteilt und nicht etwa wegen Fehlens der Zuständigkeit abgewiesen. Der Berufungsrichter führt in den Entscheidungsgründen auch besonders aus, daß er sich hinsichtlich der Bedeutung des Zusammenhanges i. S. von ZPO. § 33 der herrschenden Meinung anschließe und dementsprechend erkannt haben wolle.

Die Beklagte, Widerklägerin meint, ihre Feststellungswiderklage sei jedenfalls nach ZPO. § 280 nicht zu beanstanden. Richtig ist, daß eine Inzidentfeststellungswiderklage nach ZPO. § 280 des rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung nicht bedarf. Denn dieses Interesse ist schon darin enthalten, daß ein Rechtsverhältnis im Falle von ZPO. § 280 streitig geworden ist, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Teil abhängt. Das der Widerklage zugrunde liegende Rechtsverhältnis bedingt aber den Klaganspruch in keiner Weise; auch der Klaganspruch hat keine Bedeutung für den Widerklaganspruch. Bedeutung könnten die beiderseitigen Ansprüche i. S. der Präjudizialität nur gewinnen, wenn eine Aufrechnung stattgefunden hätte. Das ist aber gerade ausgeschlossen. Daß das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht keinen Einfluß hat, ist bereits dargelegt. Daher vermag die Widerklägerin durch Anrufen des § 280 ZPO. das Erfordernis eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung nicht zu beseitigen.

Aus diesen Gründen war die Revision kostenfällig zurückzuweisen . . ."

551. Ist eine Zurückverweisung an die I. Instanz auch zur Verhandlung über den Grund erforderlich, wenn diese die Verhandlung auf ein einziges Verteidigungsmittel beschränkt und daraufhin die Klage abgewiesen hat, das Berufungsgericht aber den Klaggrund für gerechtfertigt ansieht? (ZPO. §§ 146, 538). Urt. vom 8. Mai 08, III 486/07.

„1. Der prozessuale Angriff ist unbegründet. Das Gericht I. Instanz hat gemäß ZPO. § 146 angeordnet, daß die Verhandlung und Entscheidung zu-

nächst auf das Verteidigungsmittel des Verzichts zu beschränken sei und hat dann die Klage, indem es diese Einrede für begründet erachtete, gemäß ZPO. § 300 durch Endurteil abgewiesen. Gegen dieses Endurteil hat Klägerin Berufung eingelegt und beantragt, die Klage in der aus dem Berufungsantrage ersichtlichen Fassung zuzusprechen, während Beklagte beantragt hat, die Berufung zurückzuweisen. Wenn nun das Berufungsgericht, welches die Klage ihrem Grunde nach für berechtigt und die Einrede des Verzichts für ungerechtfertigt erachtete, demgemäß durch Endurteil den Anspruch der Klägerin dem Grunde nach für berechtigt erklärte und die Sache zur Entscheidung über den Betrag des Anspruchs und die Prozeßkosten an das Gericht I. Instanz zurückverwiesen hat, so entspricht dieses Verfahren lediglich den Bestimmungen der ZPO. § 538 Abs. 1 Nr. 3. Die Meinung der Revision, daß das Berufungsgericht, wenn es die Entscheidung des Gerichts I. Instanz mißbilligte, nicht ein materielles Urteil über den Grund des Anspruchs habe erlassen dürfen, sondern nur gemäß ZPO. § 539 unter Verwerfung der Einrede die Sache in die I. Instanz habe zurückverweisen können, ist unrichtig. Zu einer Anwendung der ZPO. § 539 lag kein Grund vor, da das Verfahren I. Instanz an keinem Mangel gelitten, sondern den Bestimmungen der ZPO. entsprochen hat. Es lag lediglich eine andere materielle Beurteilung der Sachlage durch das Berufungsgericht vor, indem letzteres eine Einrede des Verzichts verneinte und den Klageanspruch dem Grunde nach für berechtigt erachtete. Die Anordnung aus ZPO. § 146 in I. Instanz war für die Berufungsinstanz belanglos. Infolge der Einlegung der Berufung wurde der Rechtsstreit vor dem Berufungsgerichte nach ZPO. § 525 in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt. Nach ZPO. § 529 konnten die Parteien, also auch Beklagte und Berufungsbeklagte, Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in I. Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen. Nach ZPO. § 537 sind Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in I. Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Hieraus ergibt sich, daß die Parteien verpflichtet sind, ihr gesamtes Angriffs- und Verteidigungsmaterial, sowohl das neue als auch das in I. Instanz erfolgte Vorbringen (vgl. ZPO. § 526), in der Berufungsinstanz vorzutragen und daß das Berufungsgericht auf Grund dieses Parteivorbringens sein Urteil zu fällen hat (ZPO. §§ 286, 523). Eine Zurückverweisung der Sache an das Gericht I. Instanz findet nur im Falle der ZPO. § 538 statt, also in einem Fall der vorliegenden Art, wenn das Gericht I. Instanz auf Grund einer Einrede, auf welche es die Verhandlung beschränkt hatte, die Klage abgewiesen hatte und das Berufungsgericht den Grund des Anspruchs für gerechtfertigt erachtet, nur über den Betrag des Anspruchs. Das Berufungsgericht hat dann, wenn es diese Einrede für unbegründet erachtet, auf Grund der vor ihm stattgehabten Verhandlung, die den gesamten Prozeßstoff zu umfassen hat, ein Urteil in der Sache selbst (wie es hier geschehen ist, über den Grund des Anspruchs) zu erlassen, nicht aber die Sache auch hinsichtlich des Grundes des Anspruchs an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen. Es ist auch nicht richtig, daß, wie die Revision meint, Beklagte bei dem vorliegend eingehaltenen Verfahren alle sonstigen Einreden (außer der des Verzichts) verlieren würde. Denn die Berufungsverhandlung erstreckte sich (auch wenn in I. Instanz die Verhandlung auf die erwähnte Einrede beschränkt und auf Grund dieser die Klage abgewiesen worden war) auf den gesamten Rechtsstreit und Beklagte konnte daher alle ihre Rechtsbehelfe vorbringen. Darauf aber, daß über jedes Angriffs- und Verteidigungsmittel einer Partei in zwei Instanzen entschieden werde, hat keine Partei einen Anspruch; das Gericht braucht nur insoweit in die Beurteilung einer Sache einzutreten, als dies für den Erlaß eines Endurteils erforderlich ist. Die Sache liegt für die Beklagte nicht anders, als

wenn in I. Instanz ohne Anwendung der ZPO. § 146 die Verhandlung das gesamte Vorbringen beider Parteien umfaßt und dann das Gericht, indem es die Einrede des Verzichts für begründet erachtet und das sonstige Vorbringen unbeachtet gelassen hätte, die Klage abgewiesen hätte: ein Verfahren, das ebenso wie das tatsächlich eingehaltene unzweifelhaft zulässig gewesen wäre ..."

552. Erlaß getrennter Urteile in verbundenen Sachen (ZPO. § 147). Urt. vom 1. Mai 08, III 397/07.

„Der Berufungsrichter hat im Verhandlungstermin vom 14. Juni 1907 die klägerischen Berufungen in beiden Rechtssachen durch verkündeten Gerichtsbeschluß zu gleichzeitiger Verhandlung verbunden und hat, nachdem die Parteivertreter in den verbundenen Berufungen zur Sache verhandelt hatten und Termin zur Verkündung der Entscheidung auf 21. Juni 1907 anberaumt war, die zwei getrennten, jetzt je mit der Revision angefochtenen Urteile erlassen. Dies Verfahren war inkorrekt. Die Verbindung zu gleichzeitiger Verhandlung hat die gleichzeitige Entscheidung in einem Urteil, falls nicht die Voraussetzungen eines Teilurteils vorliegen, zur notwendigen Folge (ZPO. § 147; RGZ. 49, 401). Die durch die Verbindung zu gleichzeitiger Verhandlung entstandene Einheitlichkeit der Sache, die Streitgenossenschaft der Klägerinnen und die Zusammenrechnung des Streitwerts (ZPO. § 5), kann durch die unrichtige Form zweier Urteile nicht beseitigt werden. Die Revision auch der Klägerin M. W. ist zulässig, da ein einheitlicher Streitwert von zusammen 4392 ℳ (10% Konkursdividende mit 3150 ℳ + 1242 ℳ) vorliegt, und zwar war das richtige prozessuale Verhältnis durch Verbindung der beiden Revisionen zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung wiederherzustellen ..."

553. Ersatzzustellung, obwohl sich der Gewerbetreibende im Geschäftslokale befand. Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil das Urteil mit einem unrichtigen Eingangsstempel versehen worden sei (ZPO. §§ 183, 233). Beschl. vom 25. April 08, I B 17/08.

„... § 183 setzt nur voraus, daß der Adressat in dem Geschäftslokal nicht angetroffen wird. Darauf, ob er sich gleichwohl darin befindet, kommt es nicht an. Das Gesetz verlangt von dem Zustellungsbeamten nicht, daß er das Lokal einer Durchsuchung unterzieht (vgl. die Kommentare zur ZPO. von Petersen zu §§ 181, 182 Anm. 4, Gaupp-Stein § 181 Anm. 2).

Abgelehnt werden muß der Antrag, der Beklagten gegen den Fristablauf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Ob eine entsprechende Anwendung von ZPO. §§ 233 ff. auf die Berufungsfrist des PatG. zulässig ist, bedarf keiner Erörterung. Die Beklagte hat nichts weiter geltend gemacht, als daß das zugestellte Urteil auf dem Bureau der Patentanwälte irrtümlich mit dem Eingangsstempel ‚14. Januar 1908' versehen worden sei, und daß sich ein solcher Irrtum auf dem Bureau noch nie ereignet habe. Dieses Vorbringen würde schon an sich nicht ausreichen, um den Begriff des unabwendbaren Zufalls (ZPO. § 233 Abs. 1) zu erfüllen, ganz abgesehen davon, daß mit der Einlegung der Berufung nicht bis zum letzten Tage der Frist gewartet zu werden brauchte."

554. „Unabwendbarer Zufall" (ZPO. § 233 Abs. 1). Urt. vom 18. Mai 08, VI 75/08.

„... Dem Antrag des Beklagten, ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu erteilen, konnte schon deswegen nicht entsprochen werden, weil der Beklagte in keiner Weise dargelegt hat, daß er durch einen unabwendbaren Zufall verhindert worden ist, diese Frist einzuhalten (ZPO. § 233 Abs. 1). Er mußte, wenn er einen großen Teil des Jahres sich auf Reisen befand, dafür sorgen, daß ihn Briefe und gericht-

liche Zustellungen erreichten oder daß er von ihrem Eingang rechtzeitig benachrichtigt wurde; er mußte insbesondere Vorkehrungen treffen, daß seine seit mehreren Jahren wegen Geisteskrankheit entmündigte Frau sich nicht in ihren Besitz setzte. Daß dies unmöglich gewesen wäre, ist von ihm in keiner Weise dargelegt worden . . ."

555. **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unterbliebener Beglaubigung des Terminsvermerks. Erfordernisse des Antrags auf Wiedereinsetzung in bezug auf die ihn begründenden Tatsachen und die Mittel zu ihrer Glaubhaftmachung** (ZPO. §§ 233, 236 Ziff. 1, 2). Urt. vom 9. Mai 08, V 583/07.

„Der Berufungsrichter erachtet die erste, vom Beklagten am 18. Februar 1907 eingelegte Berufung für hinfällig, weil die Zustellung der Berufungsschrift des wesentlichen Erfordernisses der Beglaubigung des Terminsvermerkes durch den Gerichtsvollzieher ermangele. Dies ist nicht zu beanstanden, steht vielmehr im Einklange mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. 45, 415; 48, 409).

Andererseits nimmt der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit dem Beschlusse der Vereinigten Zivilsenate (RGZ. 48, 409) zugunsten des Wiedereinsetzungsgesuches des Beklagten mit Recht an, daß die Unterlassung der genannten Beglaubigung ein die Wiedereinsetzung begründender unabwendbarer Zufall i. S. der ZPO. § 233 ist. Ferner aber ist dem Berufungsrichter auch darin beizutreten, daß zur Rechtfertigung des erst am 26. September 1907 unter Nachholung der Einlegung einer formgerechten Berufung gestellten Wiedereinsetzungsantrages außer der Tatsache der Nichtbeglaubigung weiter erforderlich war, daß der Beklagte bis zum Ablaufe der Berufungsfrist, die seit dem 18. Februar 1907, als dem Tage der zugleich mit der ersten Berufungseinlegung erfolgten Zustellung des erstinstanzlichen Urteils lief, von dem Fehlen der Beglaubigung keine Kenntnis erlangt hatte; denn nur dann war er verhindert, die Berufungsfrist durch Einlegung einer zweiten, formgerechten Berufung einzuhalten. Deshalb ist dem Berufungsrichter auch weiter darin beizustimmen, daß zu der Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen, die nach ZPO. § 236 Nr. 1 der Wiedereinsetzungsantrag, wenn er zulässig sein soll, unbedingt enthalten muß (RGZ. 16, 368; 31, 400), an sich auch die Angabe der Unkenntnis der Nichtbeglaubigung gehörte (RGZ. 31, 400; JW. 93, 305 Nr. 2; 02, 604 Nr. 6). Aber daß die Angabe nach ZPO. § 236 Nr. 1 in bestimmten, ausdrücklichen Worten zu erfolgen hat, ist nicht vorgeschrieben. Nach allgemeinen Grundsätzen muß es daher genügen, daß der Sachvortrag in dem Wiedereinsetzungsgesuche ein derartiger ist, daß daraus die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen im Wege der Auslegung entnommen werden können. Ferner hält der erkennende Senat an seiner in RGZ. 38, 387 dargelegten Ansicht fest, daß die Anführungspflicht der ZPO. § 236 Nr. 1 sich nicht auf Tatsachen bezieht, die dem Gerichte aus den Akten bekannt sind und die es von Amts wegen berücksichtigen muß. Vorliegend hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin in dem bei den Akten befindlichen, dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 30. August zugestellten Schriftsatze vom 23. August 1907 nach Ausweis der Akten zum erstenmal erklärt, die Terminsbestimmung in der Berufungsschrift sei nicht beglaubigt und die Berufung deshalb unzulässig. In dem Wiedereinsetzungsschriftsatze sodann ist zur Begründung des Gesuchs vom Beklagten angegeben: Der Gerichtsvollzieher habe die Terminsbestimmung nicht beglaubigt; infolge dieser Versäumnis sei die Notfrist nicht eingehalten worden. Nimmt man zu dieser letzteren Angabe die erstgenannte von Amts wegen zu berücksichtigende Tatsache hinzu, so ist, wenn man sich nicht aus rein formalistischen Gründen dagegen verschließen will, aus dem Sachvortrag des Beklagten die Angabe zu entnehmen, daß er erst durch den Schriftsatz des Gegners Kenntnis von der Tatsache der Nichtbeglaubigung erlangt habe und

daß er infolge der früheren Unkenntnis hiervon verhindert gewesen sei, die Berufungsfrist durch Einlegung einer anderen formgerechten Berufung einzuhalten; denn eben nur aus den beiden Tatsachen der Nichtbeglaubigung und der Unkenntnis hiervon ergab sich das Hindernis.

Was sodann die in ZPO. § 236 Nr. 2 weiter vorgeschriebene Angabe der Mittel der Glaubhaftmachung anlangt, so ist einesteils auch hier davon auszugehen, daß es einer Angabe nicht bedarf, wenn sich die behaupteten Tatsachen nach dem Inhalte der Akten ohne weiteres als glaubhaft ergeben und ist anderenteils, wenn die glaubhaft zu machende Tatsache in einem Nichtkennen von Ereignissen besteht, für die Glaubhaftmachung nichts weiteres zu erfordern, als daß nach allgemeiner Erfahrung ein Anhalt für eine Kenntnis, sei es überhaupt, sei es zu einer früheren Zeit nicht geboten ist; denn anders lassen sich derartige negative Tatsachen nicht glaubhaft machen. Vorliegend aber ist aus der aktenkundigen Tatsache, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin zuerst in dem Schriftsatze vom 23. August 1907 auf das Fehlen der Beglaubigung hingewiesen hat, nach allgemeiner Erfahrung die Tatsache als glaubhaft zu entnehmen, daß der Beklagte von der Nichtbeglaubigung nicht vorher Kenntnis erlangt hat; denn die Kläger waren im Besitze der beglaubigten Abschrift der Berufungsschrift und es erscheint ganz unannehmbar, daß dem Beklagten durch jemand anders und auf andere Weise als durch die Klägerin in dem genannten Schriftsatze von dem Fehlen der Beglaubigung des Terminsvermerkes Mitteilung gemacht sein sollte.

Ist aber hiernach als glaubhaft gemacht anzusehen, daß der Beklagte erst durch den Schriftsatz des Gegners von dem Mangel, der seiner ersten Berufung anhaftete, Kenntnis erlangt hat, daß also erst hierdurch das Hindernis für die Einlegung einer formgerechten Berufung gehoben war, so ist auch die vom Reichsgerichte wenigstens in solchen Fällen, wie dem vorliegenden, in denen der Wegfall des Hindernisses erst nach Ablauf der zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist seit Ablauf der Notfrist erfolgt, weiter erforderte Glaubhaftmachung des Zeitpunktes der Hebung des Hindernisses und demzufolge der Rechtzeitigkeit des Wiedereinsetzungsgesuchs (RGZ. 31, 401; JW. 02, 604 Nr. 6) als geschehen zu erachten. Da der Schriftsatz des Gegners dem Beklagten während der Gerichtsferien zuging, begann die Wiedereinsetzungsfrist, die sonst nach ZPO. § 234 Abs. 1, 2 von Erlangung der Kenntnis der Nichtbeglaubigung zu laufen begonnen hätte, gemäß ZPO. § 223 Abs. 1 Satz 3 erst mit dem Ende der Ferien. Der am 26. September 1907 gestellte Wiedereinsetzungsantrag war also rechtzeitig.

Demnach war dem Wiedereinsetzungsgesuche des Beklagten entgegen dem Berufungsrichter stattzugeben und demgemäß die vom Beklagten eingelegte Berufung für zulässig zu erklären. Hieraus folgt weiter, daß die Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst und über den Kostenpunkt zu erfolgen hatte."

556. Anwendung von ZPO. § 270 beim Eintritt einer dritten Person in den Rechtsstreit (ZPO. § 270). Urt. vom 19. Mai 08, III 363/07.

„... Abgesehen hiervon aber würde auch ZPO. § 270 der Revision entgegenstehen, da diese Bestimmung nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. 11, 341 Nr. 78; 19, 185 Nr. 33; JW. 90, 111 Nr. 5; 91, 412 Nr. 10) auch auf den Fall des Eintritts einer dritten Person in den Prozeß Anwendung leidet ..."

557. 1. Abstrakte Berechnung des Schadens für die Zukunft (ZPO. § 286; BGB. §§ 843, 842). **2. Einwand im Verfahren über den Betrag, daß sich der Verletzte vom Schadensersatz den Betrag einer In-**

validenrente müsse kürzen lassen (ZPO. § 304; InvVersG. § 54). Urt. vom 21. Mai 08, IV 509/07.

„Es handelt sich nur noch um den Betrag des dem Kläger zu gewährenden Schadensersatzes. Wenn der Beklagte hiergegen jetzt erst den Einwand erhebt, Kläger müsse sich hierauf die ihm mit jährlich 150 ℳ zugesprochene Invalidenrente kürzen lassen, so hält ihm der Berufungsrichter mit Recht entgegen, daß dieser Einwand, soweit er damit die Aktivlegitimation des Klägers bestreiten will (InvVersG. § 54), bereits in dem vorausgegangenen Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erheben gewesen wäre und jetzt nicht mehr nachgeholt werden kann. Aber auch unter dem Gesichtspunkte kann Beklagter den Einwand nicht geltend machen, daß Kläger durch die ihm zugesprochene Invalidenrente bereits von der Versicherungsanstalt entschädigt sei und ihn insoweit nicht nochmals in Anspruch nehmen dürfe. Die auf der Tierhalterschaft beruhende Schadensersatzpflicht des Beklagten hat nach BGB. § 842 die Schadloshaltung des Verletzten wegen aller Nachteile zum Gegenstande, die der erlittene Unfall für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt. Der Anspruch des Verletzten erleidet nach Art und Umfang dadurch keine Veränderung, daß er gemäß § 54 des angezogenen Gesetzes zu einem Teile auf die Versicherungsanstalt übergegangen ist. Der Schadensersatzpflichtige steht nur insoweit nunmehr zwei Gläubigern gegenüber. Hat er einmal versäumt, die hierdurch eingetretene Beschränkung des Klagerechts des Verletzten rechtzeitig geltend zu machen, so kann er sich auch nicht mehr weigern, dem Schadensersatzanspruche in vollem Umfange zu genügen. Inwieweit das Gesetz im Verhältnis zwischen der Versicherungsanstalt einerseits und dem Verletzten oder dem Schadensersatzpflichtigen andererseits für etwaige ungerechtfertigte Bereicherungen einen Ausgleich gewährt, braucht hier nicht untersucht zu werden . . .

Der Berufungsrichter stellt zwar in einwandfreier Weise fest, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers gegenwärtig und auch für die Zukunft um 75% gemindert ist. Seine Begründung erweckt aber den Anschein, als ob er schon diese abstrakte Erwerbsunfähigkeit für genügend erachte, um daraufhin dem Kläger gemäß BGB. § 843 eine Rente zuzubilligen. Damit wäre der enge Zusammenhang des BGB. § 843 mit § 842 verkannt und außer acht gelassen, daß Schadensersatz immer nur für wirklich erlittene Nachteile zu gewähren ist (JW. 08, 273 Nr. 8). Dieser Grundsatz behält auch dann volle Geltung, wenn es sich, was für das angefochtene Teilurteil zutrifft, um Schadensersatz für die Zukunft, also um den Ausgleich zukünftig drohender Nachteile handelt. Wenn der Berufungsrichter hierzu erwägt, daß Kläger voraussichtlich anderswo eine Stellung als Kutscher nicht mehr werde finden können und als Handarbeiter oder in ähnlicher Stellung Beschäftigung werde suchen müssen, so ist dabei die unstreitige Tatsache außer Betracht geblieben, daß Kläger seit dem im Jahre 1902 erlittenen Unfall bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz nach wie vor bei dem Beklagten als Kutscher in Diensten geblieben ist und wenigstens in der Hauptsache die gleiche Dienstvergütung gewährt erhalten hat. Solange dieses Verhältnis fortdauert, kommen augenscheinlich Nachteile, die der Verletzte in seinem Erwerb oder Fortkommen erlitte, abgesehen von gewissen geringfügigeren Einbußen nicht in Betracht. Unter diesen Umständen hätte der Berufungsrichter das jetzt noch zwischen den Parteien bestehende Verhältnis nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite genauer erörtern und, wenn er die Schadensersatzpflicht für die Zukunft regelt, sich auch über die voraussichtliche zukünftige Gestaltung dieses Verhältnisses ein Urteil bilden müssen, das demnächst bei freier Würdigung der Umstände (ZPO. § 287) der Bemessung des Schadensersatzes zugrunde zu legen wäre. Jedenfalls hat er dieser Würdigungspflicht nicht durch die in anderem Zusammenhange gemachte Bemerkung genügt: es stehe nicht fest, ob der Beklagte und ev. in welcher Höhe er dem Kläger in Zukunft die bisherigen Bezüge auf die Rente gewähren werde . . .“

558. Voraussetzungen eines Urteils über den Grund des Anspruchs (ZPO. § 304). Urt. vom 8. Mai 08, III 459/07.

„... Begründet ist dagegen die Rüge, daß das Berufungsgericht ZPO. § 304 verletze, indem es nicht alle zum Grund des Anspruchs gehörigen Tatsachen feststelle. Die Klägerin hat behauptet: infolge ihres Sturzes von der Treppe sei eine heftige Gehirnerschütterung und ein rundes Magengeschwür bei ihr eingetreten, zurzeit sei sie noch völlig erwerbsunfähig und pflegebedürftig. Diese Behauptungen sind von der Beklagten bestritten worden, und weder das Berufungsgericht noch das Landgericht hat hierüber eine Feststellung getroffen. Ein Urteil über den Grund des Anspruchs nach ZPO. § 304 kann aber nur erlassen werden, wenn der Klaggrund nach jeder Richtung feststeht, so daß außer dem Betrage des Anspruchs nichts mehr zu entscheiden bleibt. Zum Grunde des von der Klägerin erhobenen Anspruchs gehörte daher die Feststellung, daß ihr Sturz die behaupteten nachteiligen Folgen für ihre Gesundheit und Erwerbsfähigkeit (vgl. RGZ. 63 S. 198 a. E., 199) gehabt habe ..."

559. Grenzen der einstweiligen Verfügung (ZPO. §§ 308, 938 Abs. 1). Urt. vom 25. April 08, I 185/07.

„... Die hiernach gebotene sachliche Prüfung der Angriffe der Revision führt aber nur insoweit zu einem für den Revisionskläger günstigen Ergebnis, als demselben durch das angefochtene Urteil des Königlichen Oberlandesgerichts in D. die Verpflichtung auferlegt worden ist, die Eintragung der Firma ‚A. Sch., Erste Deutsche Erbswurst- und Hülsenfrucht-Präservenfabrik' beim Firmenregister des Amtsgerichts G. löschen zu lassen. Beantragt war ein derartiger Ausspruch vom Antragsteller nicht. Sein Antrag war vielmehr nur dahin gegangen, dem Sch. aufzugeben, jedes Konkurrenzunternehmen und alle auf die Gründung eines solchen gerichteten vorbereitenden Maßnahmen, sowie jede Führung und Zeichnung der erwähnten Firma überhaupt und namentlich in öffentlichen Ankündigungen zu unterlassen und sich auch jedes Antrags auf Eintragung der genannten Firma in ein deutsches Handelsregister zu enthalten. Das vom Berufungsgericht ausgesprochene Gebot, die Eintragung der Firma beim Firmenregister des Amtsgerichts G. löschen zu lassen, geht somit über dasjenige, was der Antragsteller zum Schutz seiner Rechte tatsächlich als einstweilige Maßregel für notwendig erachtet und beantragt hatte, erheblich hinaus und kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, daß nach ZPO. § 938 Abs. 1 das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind. Denn die Vorschrift der ZPO. § 308 gilt auch für einstweilige Verfügungen, und der Antragsteller hatte nur darum nachgesucht, daß seinem Gegner die Führung jener Firma und die Gründung eines Konkurrenzunternehmens unter derselben Firma verboten werde; den Zweck, die im Register des Amtsgerichts G. noch eingetragen gebliebene Firma löschen zu lassen, hatte der gestellte Antrag überhaupt nicht verfolgt. Dem hierauf sich beziehenden Ausspruch des Berufungsgerichts stand aber auch der Rechtssatz entgegen, daß die Anordnungen, welche im Wege der einstweiligen Verfügung getroffen werden, die Grenzen nicht überschreiten dürfen, welche sich aus der Natur der einstweiligen Verfügung, als einer vorläufigen Maßregel ergeben. Eine solche Maßregel ist die Löschung einer Firma nicht; denn sie wirkt endgültig, weil die im Register gelöschte Firma ohne neuen Rechtsgrund nicht wieder eingetragen werden kann. Durch die Anordnung des Berufungsgerichts, daß die im Firmenregister des Amtsgerichts G. noch eingetragene Firma zu löschen sei, erscheint demnach der Revisionskläger hier, wo es sich lediglich um die Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in der Tat beschwert; dieser Teil der getroffenen Anordnung war demnach zu streichen."

560. Ist der Notar stets gegenüber allen an einem notariellen Vertrage Beteiligten zur Verschwiegenheit verpflichtet? (ZPO. § 383 Ziff. 5). Beschl. vom 9. Mai 08, V B 76/08.

„In einem vor dem Notar, Justizrat Dr. K. in B. am 29. Januar 1902 mit dem Rittergutsbesitzer v. R. in Sch. geschlossenen Vertrage vertauschte die Klägerin ein Bauerngut in N. gegen verschiedene Trennstücke des Ritterguts Sch. In einer weiteren vor demselben Notar aufgenommenen Erklärung vom 29. Januar 1902 erteilte die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Hypothekengläubigerin von Sch. und als Bevollmächtigte anderer Hypothekengläubiger ihre Zustimmung zu dem Tauschvertrage und verpflichtete sich, in die pfandfreie Abschreibung der vertauschten Parzellen zu willigen. Diese sind jedoch, bevor es zur Auflassung kam, in einem von der Beklagten betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren Ende September 1902 mit dem Rittergut Sch. versteigert worden. Das der Klägerin gehörige Bauerngut war aufgelassen worden und wurde ebenfalls auf Betreiben der G. F. L. versteigert. Die Klägerin hat darauf gegen die Beklagte eine Schadensersatzklage von 20000 ℳ erhoben und zur Begründung des der Beklagten zum Vorwurf gemachten arglistigen Verhaltens das Zeugnis des Justizrats Dr. K., der nach ihrer Angabe zugleich Syndikus der Beklagten und Mitglied ihres Kuratoriums sein soll, über folgende Tatsachen angerufen:

K. habe vor Aufnahme des Tauschvertrages bemerkt, daß er erst mit den maßgebenden Organen der Beklagten sprechen und deren Genehmigung einholen müsse. Am 29. Januar 1902 habe er in seinem Bureau der Klägerin erklärt, v. R. sei nur noch formell Eigentümer von Sch., er habe nichts mehr zu sagen, sei nur Strohmann, das Verfügungsrecht übe die Beklagte mit Vollmacht der übrigen Hypothekengläubiger aus, sie übernehme die Verpflichtung, die Auflassung durch R. zu beschaffen, und habe zur Abgabe dieser Erklärungen den Zeugen ermächtigt.

Das Kammergericht hat als Berufungsgericht diese Tatsachen für erheblich erachtet und K.s Vernehmung beschlossen. Der Landgerichtspräsident hat die Genehmigung erteilt, auch hat die Beklagte ebenso wie die Klägerin den Zeugen von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden. K. hat jedoch das Zeugnis verweigert, weil er nicht durch v. R. der Schweigepflicht enthoben worden sei. Das Kammergericht ist dem beigetreten und hat in dem Zwischenurteil vom 14. März 08 die Zeugnisverweigerung für begründet erklärt.

Gegen dieses von der Beklagten am 15. April 1908 zugestellte Zwischenurteil hat die Klägerin rechtzeitig und formgerecht sofortige Beschwerde erhoben, die Beschwerde mußte auch für begründet erachtet werden. Es kann dabei von dem Umstande, daß K. nicht lediglich als Notar, sondern auch als Beamter der Beklagten tätig gewesen sein soll, ganz abgesehen werden, weil K. nach seiner Entbindung durch die Parteien auch als Notar zur Zeugnisverweigerung nicht mehr berechtigt erscheint. Der von dem Kammergericht angezogene Beschluß des Reichsgerichts (RGZ. 53, 169) und die darin erwähnten früheren reichsgerichtlichen Entscheidungen betreffen Fälle, in denen ‚die Beteiligten‘ ihre Zustimmung zur Vernehmung n i c h t erklärt hatten, zu den Beteiligten i. S. der ZPO. § 383 Ziff. 5 und PrFGG. Art. 90 aber sind, wie bereits in dem Beschl. des erkennenden Senats vom 3. Febr. 06 (JW. 06, 174 Nr. 21) hervorgehoben worden ist, nicht notwendig alle an der Aufnahme der notariellen Akte beteiligten Personen zu verstehen. Im vorliegenden Falle handelt es sich allerdings um Vorgänge, die mit dem notariellen Tauschvertrage in einem gewissen Zusammenhange standen, die Erklärungen gingen aber ausschließlich von der Beklagten aus und waren nur für die Klägerin bestimmt; sie sollten deren Bedenken beseitigen. Daß sie auch für v. R. bestimmt gewesen wären und als Bestandteil der mit diesem geführten ‚Verhandlungen‘ gelten könnten, ist nicht anzunehmen. Daß v. R.'s Person dabei Erwähnung gefunden hat, ist unerheblich. Der Beschwerde war demnach, wie geschehen, stattzugeben."

561. Widerspruch gegen die Verwertung polizeilicher Vernehmungsprotokolle zugleich als Widerspruch gegen die Verwertung von Polizeiberichten (ZPO. §§ 415, 373). Urt. vom 8. Mai 08, VII 408/07.

„Der Berufungsrichter gelangt zu seiner Entscheidung auf Grund der Feststellung, daß S. in angetrunkenem Zustande infolge eines Unfalls in den Rhein geraten und ertrunken sei. Für diese Feststellung verwendet er den Inhalt der Akten der Staatsanwaltschaft in M. betreffend die Ermittelung der Todesursache des S. in einer prozeßordnungswidrigen Weise, die zur Aufhebung des Berufungsurteils führen mußte. Der Berufungsrichter schöpft seine Darstellung der Vorgänge, die zum Tode des S. geführt haben sollen, aus dem in diesen Ermittelungsakten enthaltenen, durch Polizeibeamte erstatteten Berichte vom 3. und 4. Januar 1906 und erklärt die Benutzung dieser Urkunden als Beweismittel für zulässig, weil die Beklagte zwar der Verwertung der in jenen Akten enthaltenen von Polizeibeamten aufgenommenen Vernehmungsprotokolle, nicht aber der Verwertung jener Berichte widersprochen habe. Dieser Grund ist hinfällig. Die Berichte enthalten im wesentlichen nicht Mitteilungen über eigene Wahrnehmungen der berichtenden Beamten als vielmehr Mitteilungen über Beobachtungen, die andere Personen hinsichtlich des Verhaltens des S. in der Nacht des 29. Dezember 1905 gemacht hatten. Die Beweiskraft der Berichte war hiernach nicht eine größere, sondern eine geringere als diejenige der Vernehmungsprotokolle, deren Inhalt beim Verlesen des Protokolls von den vernommenen Personen kontrolliert und genehmigt worden ist. Der Berufungsrichter hätte hiernach annehmen müssen, daß der Widerspruch der Beklagten gegen die Verwertung der Vernehmungsprotokolle den Widerspruch gegen die Verwertung der Berichte mitumfassen sollte, um so mehr, da die Beklagte in dem im Berufungsurteil in Bezug genommenen Schriftsatz vom 14. Juni 1907 die eidliche Vernehmung der im Ermittelungsverfahren vernommenen Personen beantragt hatte und damit zu erkennen gab, daß sie nur gerichtliche eidliche Zeugenaussagen, nicht andere unkontrollierbare Mitteilungen unbeeidigter, ohne Zuziehung der Beklagten polizeilich befragten Personen den Feststellungen zugrunde gelegt wissen wollte. Waren aber Zweifel über die Tragweite des erhobenen Widerspruchs beim Berufungsrichter vorhanden, so hatte er diese gemäß ZPO. § 139 durch Ausübung des Fragerechts aufzuklären. Daß der hiernach für die Revisionsinstanz mindestens zu unterstellende Widerspruch gegen die Benutzung der Berichte vom Berufungsrichter zu beachten war, kann nicht zweifelhaft sein. Die in einem anderen Prozesse oder Strafverfahren vorgenommenen Beweiserhebungen können in dem neuen Prozeß als Grundlage für tatsächliche Feststellungen zwar verwendet werden, aber nur dann, wenn die Parteien über die Zulassung einer solchen Verwendung sich geeinigt haben (Urt. des 5. ZS. des RG. vom 23. März 08; JW. 08, 304 Nr. 13 und Urt. vom 24. Febr. 00, JW. 00, 292 Nr. 3). Eine solche Einigung ist hier durch den erhobenen Widerspruch ausgeschlossen. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß inhalts des Tatbestandes des Urteils des Landgerichts die Parteien die Ermittelungsakten zum Gegenstand der Verhandlung gemacht haben, ohne gegen die Benutzung der Berichte Widerspruch zu erheben. Sollte man selbst, was nicht zulässig erscheint, davon ausgehen, daß in dieser Nichterhebung eines Widerspruchs stillschweigend der übereinstimmende Wille bekundet worden ist, daß die Berichte ebenso behandelt werden und gelten sollten, als wären sie in diesem Prozeß erstattet und überreicht worden, so würde dadurch die Beklagte nicht gehindert sein, die Benutzung der Berichte für die II. Instanz zu versagen, wenn — was im Zweifel geschehen müßte — anzunehmen wäre, daß sich die Einigung der Parteien nur auf die I. Instanz beziehen sollte. Jedenfalls durfte sich aber der Berufungsrichter der beantragten eidlichen Vernehmung der im Ermittelungsverfahren polizeilich vernommenen Zeugen nicht entziehen, da die Beklagte sich dieses neuen zulässigen Beweismittels in der Berufungsinstanz zur Führung des Gegenbeweises bedienen durfte . . ."

562. Eideszuschiebung durch eine nicht beweispflichtige Partei (ZPO. § 447). Urt. vom 28. April 08, VII 369/07.

„Zur Widerlegung der Erfüllungseinrede hatte der Kläger in der Berufungsinstanz der Beklagten den Eid darüber zugeschoben: ‚daß sie nicht 3000 ℳ auf die eingeklagte Forderung gezahlt habe'. Das Berufungsgericht hat dieser Eideszuschiebung die Berücksichtigung versagt, ‚weil der Kläger es ausdrücklich abgelehnt hat, die Beweispflicht für (richtiger: gegen) die Einrede des Beklagten zu übernehmen (ZPO. § 447) und das Beweiserbieten für das Gegenteil nach Lage des gegenwärtigen Sachverhaltes nicht mehr in dem Rahmen des Gegenbeweises liegt'. Hiergegen richtet die Revision die Rüge einer Verletzung der ZPO. § 445. Was das Berufungsgericht mit seinen soeben wiedergegebenen Worten sagen will, ist nicht klar. Wenn der Kläger bei der Eideszuschiebung die Übernahme der Beweispflicht abgelehnt hat, so hat er sich damit lediglich auf den Standpunkt gestellt, der sich ohnehin aus dem Gesetz ergibt (ZPO. § 447). Auch drängt sich die Frage auf, ob denn das Berufungsgericht, wenn der Kläger durch einseitige Erklärung zum Ausdrucke gebracht hätte, er wolle die Beweispflicht übernehmen, dies für geeignet gehalten haben würde, der Eideszuschiebung die Beachtbarkeit zu verschaffen. Eine solche Annahme wäre in hohem Maße bedenklich, weil der Sinn des § 447 ohne Zweifel ist: daß die gesetzliche Regelung der Beweislast nicht durch die Eideszuschiebungen der Parteien eine Änderung erleiden kann und daß Berücksichtigung immer nur die Eideszuschiebung derjenigen Partei zu finden hat, welcher nach gesetzlicher Vorschrift die Beweispflicht obliegt (vgl. Begründung des Entwurfs zur ZPO., RTDrucks. 74, 278 [zu § 399 des Entwurfs], auch Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 2 S. 295. Inwiefern hieran etwa durch Einverständnis der Parteien sich etwas ändern kann (Planck a. a. O. S. 296), kommt hier nicht in Betracht, weil ein Fall dieser Art nicht vorliegt . . ."

563. Eid darüber, daß etwas „wörtlich oder dem Sinne nach" gesagt sei (ZPO. §§ 451, 477). Urt. vom 5. Mai 08, III 71/08.

„. . . In zweiter Linie weigern sich die Beklagten, den Mietzins auf das 2. Halbjahr 1906 zu zahlen, auf Grund der Behauptung, daß ihnen der Kläger diesen Mietzins ausdrücklich erlassen habe. Über diesen Erlaß hat das Berufungsgericht auf einen richterlichen Eid des Klägers erkannt, dessen Fassung die Revision bemängelt. Der Eid lautet: ‚es ist nicht wahr, daß ich den Beklagten die Mietezahlung bis zum 1. Januar 1907 erlassen habe; es ist vielmehr wahr, daß ich wörtlich oder dem Sinne nach bloß erklärt habe; ich verlangte ja noch gar keine Miete, ich hätte ja noch gar nicht gemahnt, es müsse sich später oder vom neuen Jahr ab finden, wie die Miete zu zahlen sei'. Die Revision findet, daß in dem auferlegten Eide der Kläger nur den Sinn einer Erklärung beschwören solle, nicht die Erklärung selbst, und daß es demnach ihm überlassen sei, seinen gleichviel wie lautenden Erklärungen einen bestimmten Sinn unterzulegen. Das ist unzutreffend. Die in den Eid eingefügten Worte ‚wörtlich oder dem Sinne nach' besagen nur, daß vom Kläger nicht verlangt wird, die Wortwörtlichkeit einer vor längerer Zeit abgegebenen Erklärung zu beschwören, nicht ihre äußere Form, sondern ihren Inhalt. Die Worte bedeuten also nicht mehr, als was schon durch die Wahl der indirekten Rede zum Ausdruck kam, und hätten ohne Nachteil wegbleiben können . . ."

564. Bestimmte Bezeichnung der zu beeidenden Tatsache (ZPO. § 451). Urt. vom 1. Mai 08, III 379/07.

„. . . Das Berufungsgericht ist von dem richtigen Satze ausgegangen, daß die Eideszuschiebung über eine Tatsache gemäß ZPO. § 445 erfordert, daß diese Tatsache so bestimmt bezeichnet werde, daß dem Gegner eine Erklärung darüber zugemutet werden darf, daß die Partei also nicht bloße Vermutungen

aufstelle, sondern daß sie, wenn sie nach Lage der Sache ihre Behauptung nicht in einer Weise substantiieren kann, die den strengsten Anforderungen an die Angabe von Zeit, Ort und Umständen des behaupteten Vorganges entsprechen, wenigstens anderweit bestimmte Anhaltspunkte tatsächlicher Art darlege, aus denen sich ergibt, daß die aufgestellte Behauptung, über die der Eid zugeschoben wird, nicht auf einem unbestimmten Verdachte, auf einer leeren Vermutung beruht (vgl. Urt. des 4. ZS. des RG. vom 2. Mai 95 in Gruchots-Beitr. 39, 1130 und die dort angezogene weitere Rechtsprechung des Reichsgerichts). Diesen Anforderungen aber entsprechen jene Ausführungen. Sie legen eine ganze Reihe von Umständen dar, die es allerdings in gewissem Grade wahrscheinlich machen, daß der Kläger in das Absatzgebiet des Beklagten Kraterzement unmittelbar oder mittelbar verkauft und dadurch dem Vertrage vom 3. Mai 1902 zuwidergehandelt hat . . ."

565. Streitwert, wenn dieselbe Partei zur Klage und zur Widerklage Revision einlegt (ZPO. § 546). Beschl. vom 9. Mai 08, V 145/08.

„. . . Was sodann die Widerklage anlangt, so ist, wenn dieselbe Partei sowohl zur Klage als auch zur Widerklage Revision einlegt, bei der Berechnung der Revisionssumme nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts allerdings der Beschwerdewert zur Widerklage mit dem zur Klage zusammenzuzählen (RGZ. 7, 385; 46, 397). Von einer solchen Zusammenrechnung kann aber nur dann die Rede sein, wenn die Klage und die Widerklage verschiedene Gegenstände betreffen und der Revisionskläger mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und mit dem auf Verurteilung nach der Widerklage je ein besonderes Interesse verfolgt; denn soweit der Gegenstand der Klage und der der Widerklage zusammenfallen, wird dadurch, daß auch zur Widerklage Revision eingelegt wird, das Interesse des Revisionsklägers an dem Erfolge des Rechtsmittels kein höheres (vgl. RGZ. 31, 387; Gaupp-Stein Anm. V 2 zu ZPO. § 546). Vorliegend verlangen die Beklagten mit der Widerklage Verurteilung des Klägers zur Bewilligung der Löschung des im Grundbuch eingetragenen Altenteils, soweit ein anderes als 1200 ℳ gefordert wird. Danach ist der Streitgegenstand der Widerklage der gleiche wie der der Klage: auch die Widerklage hat zum ausschließlichen Gegenstande, ob der Kläger die Naturalleistungen verlangen kann oder ob die Beklagten durch Zahlung der 1200 ℳ ihre Verpflichtung ihm gegenüber erfüllen (vgl. JW. 91, 297 Nr. 1; 98, 433 Nr. 1). Danach erhöht sich durch die Revisionseinlegung auch zur Widerklage der Beschwerdewert nicht . . ."

566. Beschwerde gegen einen den Streitwert festsetzenden Beschluß eines Oberlandesgerichts. Änderung der Festsetzung von Amts wegen? (ZPO. § 569 Abs. 2; GKG. § 16). Beschl. vom 8. Mai 08, II B 34/08).

„. . . Über die Formen der Beschwerde schreibt nun ZPO. § 569 Abs. 2 in der Fassung der Nov. vom 5. Juni 05 vor, daß, wenn eine Beschwerde in Form einer Beschwerdeschrift gegen eine Entscheidung eines Oberlandesgerichts eingelegt werden will, diese Schrift von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein muß. Daß diese Vorschrift auch für Beschwerden gegen Streitwertfestsetzungsbeschlüsse der Oberlandesgerichte gilt, hat der 6. ZS. des RG. im Beschl. vom 16. Sept. 07, Rep. VI B 145/07/1 bereits ausgesprochen. Es schließt sich der erkennende Senat dieser Rechtsprechung an.

Danach ist der von keinem Rechtsanwalt unterzeichnete Antrag der Klägerin vom 6. April 1908 unstatthaft und über die weiter erwachsenen Kosten, wie geschehen, zu erkennen.

Die Klägerin hat in ihrem Antrag noch weiter gebeten, die Streitwertfestsetzung des Oberlandesgerichts von Amts wegen zu ändern. Wenn auch nach GKG. § 16 das Gericht höherer Instanz im Laufe des Verfahrens die Wertfestsetzung von Amts wegen ändern kann, so ist dieser Fall doch nicht

gegeben, wenn die höhere Instanz nur mit einer unzulässigen Beschwerde gegen einen die Streitwertfestsetzung betreffenden Beschluß der vorhergehenden Instanz befaßt ist."

567. Zulässigkeit der Klage, obwohl über denselben Gegenstand ein vollstreckbarer Vergleich geschlossen ist (ZPO. §§ 794 Nr. 1, 894). Urt. vom 15. Mai 08, VII 357/07.

„Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner die Klageabweisung billigenden Entscheidung aus: Jede Klage setze ein Interesse des Klägers an dem von ihm erstrebten Urteile voraus, beim Mangel eines Interesses sei der Rechtsschutz zu versagen. Ein solches Interesse aber liege dann nicht vor, wenn der Kläger bereits einen der in ZPO. § 794 bezeichneten Zwangsvollstreckungstitel erlangt habe und aus diesem die Zwangsvollstreckung in demselben Maße betreiben könne wie aus dem erstrebten Urteile. Jedenfalls müsse dies gelten beim Vorliegen eines Prozeßvergleichs (ZPO. § 794 Nr. 1), denn dieser enthalte seinem Wesen nach zugleich einen Verzicht auf die weitere Beschreitung des Prozeßwegs über den durch ihn beigelegten Streit der Parteien, und dieser Verzicht stehe einer Klage, die die Verurteilung des Schuldners zu der gleichen Leistung bezwecke, entgegen.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Der Gläubiger, der einen Vollstreckungstitel der in ZPO. § 794 bezeichneten Art besitzt, wird allerdings in der Regel kein Interesse an der Erwirkung eines Urteils haben, das ihm keine weitergehenden Vollstreckungsmöglichkeiten gewährt als der bereits vorhandene Vollstreckungstitel. Ob nicht gleichwohl der Gläubiger in allen Fällen der ZPO. § 794 das Recht auf Erwirkung eines Urteils hat — gegebenenfalls auf seine Kosten (ZPO. § 93) —, das ist eine Streitfrage, die für den vorliegenden Fall nicht grundsätzlich entschieden zu werden braucht. Denn darüber besteht auch in der Literatur kein Streit, daß die Klage zulässig sein muß, wenn der Gläubiger nach der besonderen Sachlage ein Interesse an der Erlangung eines Urteils hat, insbesondere wenn er durch das Urteil Vollstreckungsmöglichkeiten sucht und findet, die ihm der schon vorhandene Titel nicht gewährt. Daß auf einen solchen Fall auch die Annahme eines im Prozeßvergleiche enthaltenen Verzichts auf die Beschreitung des Prozeßwegs nicht paßt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Es ist auch von dem Beklagten gar nicht geltend gemacht, daß gerade der vorliegende Vergleich etwa im Sinne eines derartigen Verzichtes zu verstehen sei.

Das besondere Interesse des Klägers an dem erstrebten Urteile liegt nun aber hier offen zutage. In erster Instanz verlangte der Kläger in erster Linie Verurteilung des Beklagten zur Bestellung bzw. Beschaffung der verabredeten Hypothek. Die Beschaffung bezieht sich auf den Fall, daß der Beklagte noch nicht oder nicht mehr Eigentümer des zu belastenden Grundstücks sein würde. Da in diesem Punkte eine unmittelbare Vollstreckung überhaupt nicht in Frage kommen kann, so gewann der Gläubiger durch ein Urteil allerdings keine bessere Rechtsstellung, als sie ihm der Vergleich bereits gewährte. Anders in bezug auf die Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek. Sie enthält die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung, auf Grund deren ein Eintrag im Grundbuch erfolgen soll. Ein direkter Zwang zur Abgabe der Erklärung findet auch hier nicht statt; ZPO. § 894 bestimmt aber, daß die Erklärung als abgegeben gilt, sobald das den Schuldner zur Abgabe der Erklärung verurteilende Erkenntnis die Rechtskraft erlangt hat. Diese Wirkung ist vom Gesetz nur dem rechtskräftigen Urteil, nicht auch den im § 794 aufgezählten Vollstreckungstiteln, also auch nicht dem Prozeßvergleich beigelegt. Daraus ergibt sich, daß in einem Falle dieser Art der Gläubiger zur Klage berechtigt sein muß, weil ihn das Gesetz selbst behufs Erwirkung der Vollstreckung auf diesen Weg verweist. — Der Kläger hatte ferner in erster Instanz die eventuelle Verurteilung des Beklagten zur sofortigen Zahlung von 5800 ℳ verlangt, während nach dem Vergleich Zahlung erst

am 15. April 1907 zu erfolgen hatte. Auch hier also hätte der Kläger durch das seinem Antrag entsprechende Urteil mehr erreicht als ihm der Vergleich gewährte. Zur Zeit der Erlassung des Berufungsurteils war der vereinbarte Fälligkeitstermin eingetreten und es hätte der Kläger also mit Hilfe vollstreckbarer Ausfertigung des Vergleichs von dem Beklagten die Summe von 5800 ℳ nebst Zinsen unmittelbar beitreiben können. Daraus würde sich aber höchstens ergeben, daß der vom Kläger nunmehr an die erste Stelle gesetzte Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung inzwischen gegenstandslos geworden war; seine von Anfang an berechtigt gewesene Klage konnte aber hierdurch nicht zu einer unzulässigen werden. Es kommt aber hinzu, daß der Beklagte in zweiter Instanz gegen seine Verurteilung den Einwand der Stundung vorgebracht hatte. Damit hatte er sich selbst die Möglichkeit des Einwandes, die Klage sei gegenstandslos, entzogen. Gerade das vom Berufungsgerichte als Stütze seiner Entscheidung angerufene Urt. des RG., 5. ZS., vom 1. Febr. 93 (GruchotsBeitr. 38, 182) führt zutreffend aus, daß der im Besitze eines Vollstreckungstitels befindliche Gläubiger zur Erwirkung eines Urteils berechtigt ist, wenn der Schuldner Einwendungen erhebt, auf Grund deren eine Vollstreckungsgegenklage nach ZPO. § 767 zu erwarten steht. Es kann in solchem Falle dem Gläubiger nicht zugemutet werden, zunächst die Vollstreckung zu versuchen und abzuwarten, ob der Schuldner Widerspruch erhebt. Ganz besonders im vorliegenden Falle diente die Aufrechthaltung des Klagantrags der Vereinfachung und Beschleunigung der Sache. Das Berufungsgericht hätte demnach den Stundungseinwand des Beklagten prüfen und wenn die Entscheidung erst nach Ablauf der angeblich gewährten Frist zu treffen war, dem Antrage des Klägers entsprechend Urteil erlassen müssen; keinesfalls dagegen die Klage abweisen dürfen. Aus diesen Gründen mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden ..."

568. Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses, wegen dessen künftiger Streitfragen der Schiedsvertrag geschlossen ist (ZPO. § 1026). Urt. vom 5. Mai 08, VII 508/07.

„... Auch liegt endlich eine Verletzung der ZPO. § 1026 nicht vor, nach dem ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten keine rechtliche Wirkung hat, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht. Zwar würde ein Schiedsvertrag ‚für alle Streitigkeiten aus der Geschäftsverbindung' der Parteien wegen ungenügender Individualisierung der zu schlichtenden Rechtsstreitigkeiten unwirksam sein (RGZ. 36, 422). Im vorliegenden Fall aber ist ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien dadurch begründet, daß sie den gemeinschaftlichen Betrieb von Kommissionsgeschäften zum Zwecke der Erlangung einer unter ihnen zu teilenden Provision und von Geschäften, die aus solchen Kommissionsgeschäften entstehen würden, vereinbart haben. Nur für die aus diesem Betrieb entspringenden Rechtsstreitigkeiten war das Eintreten des Schiedsgerichts vereinbart ..."

569. Datierung des Schiedsspruchs (ZPO. § 1039). Urt. vom 12. Mai 08, VII 548/07.

„... Dem Gesetze ist Genüge geschehen, wenn die Schiedsrichter den Spruch mit einem Datum bezeichnen, das sie selbst als den Tag der Abfassung des Spruchs angesehen haben wollen. Selbst wenn der Schiedsspruch an dem Tage, den er als Tag der Abfassung angibt, nicht abgefaßt sein sollte, ist darin allein ein wesentlicher Verstoß gegen ZPO. § 1039 noch nicht zu finden ..."

570. Erläuterung eines Schiedsspruchs durch das Vollstreckungsurteil (ZPO. § 1042). Urt. vom 7. April 08, VII 358/07.

„Die Revision ist zulässig, indessen nicht begründet. Durch einen zwischen den Parteien erlassenen Schiedsspruch, zu dem im gegenwärtigen Verfahren

das Vollstreckungsurteil nachgesucht wird, war der Beklagte zur Zahlung von 27 410 ℳ 01 ₰ ‚nebst Zinsen seit 1. Januar 1904‘ verurteilt worden. Der erstinstanzliche Richter erläuterte die Worte ‚nebst Zinsen‘ aus dem übrigen Inhalt des Schiedsspruchs dahin, daß damit die gesetzlichen 4% Zinsen gemeint seien, nahm an, daß es sich nur um einen Schreibfehler handle und erklärte in der Urteilsformel die Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch wegen der Hauptsumme von 27 410 ℳ 01 ‚nebst 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1904‘ für zulässig. Der Berufungsrichter bestätigte diese Entscheidung. In den Gründen führt er aus: Die Berichtigung eines Schreibfehlers möge allerdings nicht Sache des Vollstreckungsgerichts, sondern des erkennenden Gerichts, hier also des Schiedsgerichts, sein. Allein hier handle es sich um eine Auslegungsfrage. Nach dem Tatbestande des Schiedsspruchs habe die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 27 477 ℳ 48 ₰ nebst 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1904 zu verurteilen; in den Gründen sage das Schiedsgericht, der Klägerin sei die ganze Klagforderung nur unter Abzug einer kleinen Summe (202 ℳ 77 ₰) zuzusprechen. Wenn nach diesen zur Auslegung der Urteilsformel heranzuziehenden Vorgängen das Urteil sage, die Beklagte werde zur Zahlung von 27 410 ℳ 01 ₰ nebst Zinsen vom 1. Januar 1904 an verurteilt, überdies 4% der gesetzliche Zinsfuß seien, so könne die Urteilsformel nicht anders verstanden werden, als daß der Beklagte 4% der Hauptsumme zu zahlen habe. Die Revision greift diese Darlegungen des Berufungsrichters an, indem sie geltend macht, daß bei der Erlassung des Vollstreckungsurteils für eine Ergänzung oder Erläuterung des Schiedsspruchs kein Raum sei, nicht einmal, wenn es sich um die Berichtigung eines offenbaren Versehens handle, geschweige denn auf Grund einer Auslegung des Schiedsspruchs. Außerdem sei das schiedsrichterliche Verfahren, insoweit es den Zinsenanspruch betreffe, unzulässig, da der Schiedsspruch insoweit wegen seiner Unbestimmtheit nicht vollzugsfähig und daher für die Klägerin nicht brauchbar sei. Diese Beschwerde kann nicht für begründet erachtet werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Urteilsformel eines Schiedsspruchs nicht ebensogut wie die Urteilsformel eines gerichtlichen Urteils aus den Gründen soll erläutert werden können. Wenn nun der Berufungsrichter annimmt, daß es sich hier nicht um einen Schreibfehler handle, sondern daß die Schiedsrichter mit ‚Zinsen‘ den Zinssatz von 4% gemeint hätten und, wie hinzuzufügen ist, der Ansicht gewesen seien, daß der gewählte Ausdruck ausreiche, um diesen Zinssatz zu bezeichnen, da es der gesetzliche sei, so kann gegen die Zulässigkeit einer derartigen Auslegung eines Schiedsspruchs ein begründeter Zweifel nicht erhoben werden. Ebensowenig steht es mit dem Wesen des Vollstreckungsurteils in Widerspruch, daß durch einen ausdrücklichen Zusatz in diesem das Verständnis der Urteilsformel des Schiedsspruchs klar- und sichergestellt wird. Daß von einer Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens keine Rede sein kann, ergibt sich hiernach von selbst.

Die Revision war daher zurückzuweisen."

571. **Vorübergehende Hilfeleistung in einem Betrieb ohne Eintritt als Arbeiter. Hängt die Fahrt zur Kindtaufe eines Heuermanns mit dem landwirtschaftlichen Betriebe zusammen?** (LwUVersG. § 1). Urt. vom 26. März 08, IV 409/07.

„. . . In der Sache selbst war der Revision der Erfolg nicht zu versagen. Denn sowohl die Annahme des Berufungsgerichts, der Erblasser sei als Arbeiter vorübergehend zur Hilfeleistung in den Betrieb der Beklagten eingetreten, als auch die Feststellung, daß der Unfall sich im landwirtschaftlichen Betriebe der Beklagten ereignet habe, entbehrt der ausreichenden Begründung.

In ersterer Hinsicht wird vom Berufungsgericht ausgeführt: Die Hilfeleistung von seiten des Erblassers der Klägerin sei lediglich im Betriebe der Beklagten, in deren alleinigem Interesse und ihrem mutmaßlichen Willen ent-

sprechend, auch im Einverständnis des Knechtes, wenn auch nicht auf direkte Aufforderung desselben, erfolgt. Bei der von ihm gewährten Hilfeleistung sei er bezüglich der Art und des Ortes der Unterbringung des Pferdes von den Anweisungen der Beklagten bzw. des von ihr beauftragten Dienstknechtes abhängig gewesen. Auch die soziale und wirtschaftliche Stellung des Verstorbenen im Verhältnisse zu der stellenbesitzenden Beklagten stehe der Annahme eines Arbeiterverhältnisses nicht entgegen. Solche kleineren Betriebsunternehmer, wie der Verunglückte ständen im Münsterland wie die Heuerleute sozial und wirtschaftlich den Arbeitern gleich.

Demgegenüber macht die Revision nicht ohne Grund geltend, angesichts der Behauptung der Beklagten, der Verunglückte habe aus Gefälligkeit eingegriffen, lasse sich ein Abhängigkeits- und Arbeiterverhältnis nicht feststellen. Die Annahme, daß der Verunglückte in den ihm an sich fremden Betriebskreis als unselbständiger Arbeiter getreten sei und daß er sich mit seinem Eintritte dem fremden Betriebe unterordnen und in ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis zu dem fremden Unternehmer begeben wollte, ließe sich nach Lage des Falles nur auf besondere Erwägungen stützen, an denen es das Berufungsgericht fehlen läßt. Der Erblasser der Klägerin war selbständiger Betriebsunternehmer in nicht ganz kleinen Verhältnissen; seine Hilfeleistung erfolgte gelegentlich, ohne daß ersichtlich die Not es gebot, aus freiem Antriebe und ohne Aufforderung seitens des Knechts der Beklagten. Nach der Regel des Lebens ist an und für sich nicht anzunehmen, daß sich der Erblasser bei dieser Gestaltung der Lage unter die Botmäßigkeit eines fremden Betriebes hat stellen wollen.

Zur Rechtfertigung seiner Annahme, daß der Unfall im landwirtschaftlichen Betriebe der Beklagten eingetreten sei, weist das Berufungsgericht lediglich darauf hin, daß es sich damals um eine Fahrt zu einer Kindtaufe eines Heuermanns der Beklagten gehandelt habe. Freilich muß der in LwUVersG. § 1 vorausgesetzte ursächliche Zusammenhang des Unfalls mit dem landwirtschaftlichen Betriebe nicht notwendig ein unmittelbarer sein. Auch dann kann ein Betriebsunfall gegeben sein, wenn sich der Unfall bei solchen Handlungen ereignet, die auch nur mittelbar dem Gesamtbetriebe der Landwirtschaft dienen. Hat die Beklagte die hier in Rede stehende Fahrt für den Täufling des Heuermanns zufolge einer ihr gemäß dem Dienstvertrage oder einem bestehenden Herkommen gegen den Heuermann übernommenen Verpflichtung ausgerichtet, so wird unbedenklich ein ausreichender mittelbarer Zusammenhang mit dem Betriebe der Landwirtschaft gegeben sein. Anders aber, wenn die Beklagte lediglich aus persönlichem Wohlwollen und mangels jeder wie immer gearteten Verbindlichkeit die Fuhre ihrem Heuermann zur Verfügung stellte. Es bleibt daher des näheren zu erörtern, wie der Fall gelegen war . . .“

572. Prokuristen als „besondere Vertreter“ einer Gesellschaft (BGB. § 30; HGB. § 49). Urt. vom 21. Mai 08, VI 542/07.

„. . . Die beklagte Gesellschaft ist begründet worden durch einen am 4. März 1903 zwischen dem ‚C. C. A., s. a.‘ in A. und dem Kaufmann B. W. in H. geschlossenen Gesellschaftsvertrag. In § 7 (Abs. 1 u. 3) ist bestimmt, daß die Gesellschaft durch einen oder mehrere Geschäftsführer, die von den Gesellschaftern gewählt würden, gesetzlich vertreten werde und daß der Gesellschafter W. zum Geschäftsführer bestellt werde. Der Abs. 2 des § 7 lautet:

> ‚Der oder die Geschäftsführer sind befugt, nach vorher eingeholter Zustimmung der Gesellschafter einen Prokuristen zu ernennen, dem dann die Vertretung der Gesellschaft in Angelegenheiten der Gesellschaft ebenfalls zusteht‘.

Bestimmungen über die Errichtung von Zweigniederlassungen enthält der Gesellschaftsvertrag nicht, es ist aber im Frühjahr 1905 eine solche in D. er-

richtet und am 3. April 1905 im Handelsregister des Amtsgerichts D. eingetragen worden. Ihre Leitung wurde dem E. S. und J. v. H. in der Weise übertragen, daß ihnen Gesamtprokura für die Niederlassung erteilt wurde. Die Beklagte hatte sonach außerhalb ihres Sitzes eine selbständige Geschäftsstelle in D. begründet, die dazu bestimmt war, daß innerhalb des ihr zugewiesenen Bezirks unmittelbar von ihr aus und durch sie ein Teil der Geschäfte geschlossen werden sollte, die den wesentlichen Inhalt der gewerblichen Tätigkeit der Beklagten selbst bildeten, und es war deren Leitung Personen übertragen, denen die durch das HGB. § 49 bestimmte Vertretungsmacht verliehen war. Die Leiter dieser Zweigniederlassung sind von der Vorinstanz mit Recht als satzungsgemäß bestellte besondere Vertreter der beklagten Gesellschaft i. S. von BGB. § 30 angesehen worden. Diese Auffassung erscheint jedenfalls mit Rücksicht darauf gerechtfertigt, daß in dem Gesellschaftsvertrag die Bestellung von Prokuristen besonders vorgesehen und bestimmt ist, daß ihnen die Vertretung der Gesellschaft ‚ebenfalls' zustehe, d. h. nach dem Zusammenhange der Absätze 1 u. 2 des § 7, daß ihnen innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises die Stellung gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft zukommen solle . . ."

573. Auslegung von Freizeichnungsklauseln (BGB. §§ 133, 157; HGB. § 346). Urt. vom 2. Juni 08, III 615/07.

„Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß derartige Freizeichnungsklauseln (wie die vorliegende: Betriebsstörungen und höhere Gewalt, insbesondere Arbeiterausstände, Verschulden der Transportgesellschaften, als: verspätetes Eintreffen der Dampfer, Eisenbahnunfälle, Waggonmangel usw. entbinden von der Einhaltung der übernommenen Lieferfrist, ohne den Geschäftsabschluß aufzuheben) eng auszulegen sind, insbesondere im Zweifel nur auf solche Umstände zu beziehen sind, die den Vertragsschließenden und seinen Geschäftsbetrieb unmittelbar betreffen. Das Berufungsgericht hält daher die Klausel nicht für anwendbar, weil nach der klägerischen Darstellung nicht ein von der Klägerin selbst aufgegebener oder an sie gerichteter Transport durch höhere Gewalt oder Verschulden der Eisenbahn verzögert sei, sondern ein von dem Kesselfabrikanten der Klägerin bestellter Waggon, der das von ihm bestellte, für den zu liefernden Kessel bestimmte Material enthielt, während des Transports zeitweilig unauffindbar geworden und ihm mit erheblicher Verzögerung zugegangen sei, daher eine rechtzeitige Lieferung dieses Kesselfabrikanten nicht möglich gewesen sei. Diese Auslegung verstößt gegen BGB. §§ 133, 157, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, in Verb. mit HGB. § 346, wonach unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist aber eine rein abstrakte, von der konkreten Sachlage und dem Willen der Vertragsschließenden absehende, wobei irgend welche tatsächliche Momente für die beliebte Auslegung nicht geltend gemacht werden. Einen Rechtssatz zudem über enge Auslegung irgend eines Vertrages gibt es nicht. Es fehlt daher eine Feststellung über den konkreten Willen der Parteien, wobei auch die oben hervorgehobenen Momente nicht gewürdigt sind. Das Berufungsgericht wäre um so mehr veranlaßt gewesen, eine solche nähere Feststellung zu treffen, als die beklagtischen Behauptungen eine präzise Angabe im Sinne der Auslegung des Berufungsgerichts vermissen lassen und auch das in I. Instanz erkennende Gericht aus ganz anderen Gründen zur Klagabweisung und Widerklagezusprechung gekommen ist. Zudem kann die Auslegung des Berufungsgerichts vorliegend nicht für selbstverständlich erachtet werden, zumal Klägerin für ihren Kesselfabrikanten, der als ihr Erfüllungsgehilfe erscheint, der Be-

klagten gegenüber nach BGB. § 278 zu haften hat und es daher nahe liegt, die Freizeichnungsklausel auch auf den Geschäftsbetrieb dieses Kessellieferanten zu beziehen, Gegengründe aber nicht vorliegen . . ."

574. Auslegung von Konkurrenzklauseln. Wirkung, auch wenn das geschützte Geschäft in andere Hände übergeht (BGB. §§ 133, 157; HGB. §§ 346, 348). Urt. vom 26. Mai 08, II 523/07.

„. . . Es ist nicht zutreffend, was die Revision in dieser Beziehung noch bemerkt, daß Konkurrenzklauseln nach anerkannter Rechtsprechung — rechtsgrundsätzlich — eher einschränkend als ausdehnend auszulegen seien; auch für sie sind vielmehr die allgemeinen Auslegungsgrundsätze zur Anwendung zu bringen und ist zu ermitteln, was unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der besonderen Umstände des Falles bei der getroffenen Festsetzung die Willensrichtung der Parteien gewesen ist (vgl. JW. 06, 737 Nr. 4).

Auch kann nicht bezweifelt werden, daß bei der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots anläßlich eines kaufmännischen Geschäfts sehr wohl von den Vertragschließenden bestimmt werden kann, daß das Verbot den Verkäufer nicht nur solange binde, als der Erwerber das Geschäft persönlich fortführe (Staub-Könige, S. 1173 Anm. 6 zu § 348 HGB.; RGZ. 47, 238) . . ."

575. Erklärung der Anfechtung (BGB. §§ 143, 123). Urt. vom 26. Mai 08, III 520/07.

„. . . Der Beklagte hat schon im ersten Rechtszuge nach dessen in dem Berufungsurteile in Bezug genommenen Tatbestande behauptet, er habe den Schein von jenem Tage nur deshalb ausgestellt, weil er der Angabe des Klägers, daß er bei der Landbank Einfluß besitze, Glauben geschenkt habe. Dann war auch in der hierauf mitgestützten Zahlungsweigerung des Beklagten eine im Rechtsstreite erklärte Anfechtung jenes Vertrages wegen argllistiger Täuschung enthalten, da eine formelle Erklärung, daß das Rechtsgeschäft wegen Betruges angefochten werde, nicht erforderlich ist (vgl. Planck, 3. Aufl., Anm. 1 zu BGB. § 143). Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe nicht behauptet, durch arglistige Täuschung von seiten des Klägers zu dem Vertragsschlusse bestimmt worden zu sein, beruht demnach auf einer rechtsirrigen Auffassung des Vorbringens des Beklagten . . ."

576. Kann der Bevollmächtigte den Anspruch des Vollmachtgebers im eigenen Namen geltend machen? (BGB. § 167). Urt. vom 19. Mai 08, II 570/07.

„. . . Der Revisionskläger hat zunächst die Ansicht des Berufungsgerichts angefochten, daß die Klägerin die Auszahlung des hinterlegten Erlöses der Automateneinrichtung an sich allein verlangen könne, da der Hinweis auf die von den drei Brauereien, als den Miteigentümern der Einrichtung, der Klägerin erteilte Vollmacht diese Annahme nicht zu rechtfertigen vermöge, eine Zurückübertragung der Miteigentumsanteile der Brauereien an die Klägerin aber nicht behauptet sei. Diese Beschwerde ist begründet. Die von der Klägerin zur Rechtfertigung des ersten Klageantrags allein geltend gemachte Vollmacht der drei Brauereien, nach der die Klägerin befugt sein soll, die denselben an der Automateneinrichtung zustehenden Rechte ‚wahrzunehmen und in jeder Weise zu verfolgen', ist nicht geeignet, den von ihr als der alleinigen Klägerin gestellten und von dem Berufungsgerichte zuerkannten ersten Antrag, daß ihr allein die ganze hinterlegte Summe ausgezahlt werde, selbst unter der Voraussetzung zu begründen, daß die von ihr behauptete Anteilsberechtigung der drei Brauereien in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt sein sollte. Ein Anspruch kann nämlich in der Regel nur von demjenigen eigenen Namens gerichtlich geltend gemacht werden, dem derselbe zusteht; denn zur Begründung

einer Klage gehört, wie in den Motiven zur ZPO. S. 118 ausgesprochen und auch schon öfters in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt worden ist, die Angabe der rechtsbegründenden Tatsachen, insbesondere derjenigen, die geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers bestehend erscheinen zu lassen. Soweit daher ein Kläger einen Anspruch als in der Person eines anderen bestehend lediglich als Bevollmächtigter des letzteren gerichtlich geltend macht, trifft die erwähnte Voraussetzung nicht zu. Demgemäß hat der erkennende Senat in dem Urt. vom 13. Okt. 05, II 661/04, ausgesprochen: Für das geltende bürgerliche Recht und Prozeßrecht sei es grundsätzlich zu verneinen, daß ein Auftrag, dem zufolge der Beauftragte im eigenen Namen eine Forderung des Auftraggebers zur Leistung an diesen einzuklagen habe, allein schon zureiche, eine Berechtigung des Beauftragten zur Klage in eigenem Namen zu begründen. Diese Rechtsansicht ist auch für die im vorliegenden Fall zu entscheidende Frage der Aktivlegitimation maßgebend, da es keinen wesentlichen Unterschied begründet, ob der Kläger einen derartigen Anspruch als Beauftragter oder als Bevollmächtigter des eigentlichen Anspruchsberechtigten geltend macht und ob er hierbei die Zahlung einer streitigen Geldsumme an sich als Bevollmächtigten des Berechtigten oder unmittelbar an den letzteren verlangt, denn entscheidend für den Mangel der Aktivlegitimation in beiden Fällen ist, daß nicht der wirkliche Anspruchsberechtigte vor Gericht als Kläger auftritt. Die hier in Frage stehende Vollmacht genügt daher nicht, um die Übertragung der Ansprüche der Brauereien auf die Klägerin, welche Übertragung nach BGB. § 398 nur durch einen abstrakten Abtretungsvertrag bewirkt werden konnte (vgl. RGZ. 53, 418), insofern zu ersetzen, als es sich um die Frage der Aktivlegitimation im Rechtsstreit handelt. Daß aber die Brauereien ihre Ansprüche auf die fragliche Automateneinrichtung oder auf den an ihre Stelle getretenen Erlös an die Klägerin abgetreten hätten, wird von dieser selbst nicht behauptet. Hiernach erweist sich die erhobene Klage jedenfalls insoweit als unbegründet, als Klägerin in erster Reihe verlangt, daß die hinterlegten 13500 ℳ nebst Zinsen auch bezüglich der den Brauereien K., J. und R. daran zustehenden Anteile ihr allein ausbezahlt werden ..."

577. Grundsätze für die Bemessung des Schadensersatzes (BGB. § 249; ZPO. § 287 Abs. 1). Urt. vom 21. Mai 08, VI 491/07.

„... Es erscheint (dadurch), wie mit Recht gerügt worden ist, die ZPO. § 287 Abs. 1 als verletzt. Diese Vorschrift soll den Richter in die Lage setzen, auch ohne einen genauen Nachweis aller einzelnen die Höhe des Schadens bedingenden Umstände in Fällen, wo die Entstehung eines Schadens im allgemeinen anzunehmen ist, den Betrag des zu leistenden Ersatzes nach billigem Ermessen zu bestimmen. Ein solcher Fall war hier gegeben; denn es entspricht der Lebenserfahrung, daß, wenn der Inhaber eines Geschäftsbetriebes, welcher in demselben geistig oder körperlich in erheblichem Maße selbst mit tätig gewesen ist, an seiner Erwerbsfähigkeit einbüßt, hierdurch der Ertrag des Betriebes in der Regel in irgend einer Weise geschmälert wird; die behauptete Einbuße an der Erwerbsfähigkeit aber ist hier, solange darüber noch nichts festgestellt ist, einstweilen als tatsächlich zu unterstellen, und weshalb jene Regel im vorliegenden Fall eine Ausnahme erleiden sollte, ist bisher in keiner Weise begründet worden. Da entspricht es nun nicht dem Sinne der ZPO. § 287, in solcher Weise, wie es das Berufungsgericht getan hat, die auf den Vermögensschaden bezüglichen Ausführungen des Klägers einzeln durchzugehen und, weil sich aus keiner einzelnen derselben ein Schade von bestimmter Höhe mit Sicherheit ergebe, diese Art des Schadens überhaupt für unbewiesen zu erklären. Die Hauptsache ist aber, daß hierbei auch in materieller Beziehung der Begriff des Schadens bzw. seines Ersatzes (BGB. § 249) verkannt zu sein scheint. Das Berufungsgericht will den durch die Einbuße an der Erwerbsfähigkeit bewirkten Vermögensnachteil durchaus nur nach der Differenz

zwischen dem früheren Verdienste des Klägers und dem, was er seit dem Unfalle verdient, bestimmen. Warum es gerade nur hierauf ankommen sollte, ist nicht abzusehen. Allerdings gewährt diese Differenz oft einen sehr brauchbaren Anhaltepunkt für die Bemessung des fraglichen Schadens, übrigens doch mehr bei einem Angestellten oder Arbeiter, dessen Erwerb in Gehalt oder Lohn besteht, als bei einem selbständigen Gewerbetreibenden; aber grundsätzlich handelt es sich doch immer um den Unterschied zwischen demjenigen, was der Verletzte ohne den Unfall jetzt verdient haben würde und dem, was er jetzt in Wirklichkeit nur verdienen kann: Es kann unter Umständen sehr wohl sein, daß sein Verdienst sich jetzt höher beläuft als vor dem Unfalle, und er doch schadensersatzberechtigt ist, weil er eben ohne den Unfall jetzt noch mehr verdienen würde. Namentlich in einem Falle wie dem vorliegenden ist das nicht ausgeschlossen, wo der Kläger gerade wenige Wochen vor dem Unfalle in gewisser Hinsicht einen neuen Geschäftsbetrieb angefangen hatte, indem er seine Bäckerei in ein neues Lokal verlegt und zugleich die Art seiner Produktion einigermaßen geändert hatte, und jedenfalls paßt für diesen Fall das Sichversteifen auf die Vergleichung des früheren und des jetzigen Ertrages des Betriebes besonders schlecht. Nichts hindert den Richter der Tatfrage, dadurch zum Ziele zu kommen, daß er den über die behauptete Einbuße an Erwerbsfähigkeit angetretenen Beweis erhebt und dann ev., nötigenfalls nach Maßgabe von Sachverständigen-Gutachten, schätzt, um wieviel höher, unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des Falles, der Ertrag des Betriebes des Klägers gewesen sein, bzw. in Zukunft voraussichtlich sein würde, wenn der Kläger seine volle Erwerbsfähigkeit behalten hätte ..."

578. Plötzliches Auftauchen eines Betrunkenen vor dem fahrenden Straßenbahnwagen. Berücksichtigung eigenen Verschuldens des Verletzten (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 21. Mai 08, VI 437/07.

„... In dem plötzlichen Auftauchen eines Betrunkenen vor dem fahrenden Straßenbahnwagen ist mit Recht eine höhere Gewalt seitens des Berufungsgerichts nicht erblickt worden ...

In der Anwendung des BGB. § 254 auf den zu dem Rechtskreise des RHaftpflG. § 1 gehörigen Schadensfall hat das Berufungsgericht die allgemeinen Grundsätze, die die Rechtsprechung des Reichsgerichts aufgestellt hat (RGZ. 53, 78; 56, 154; 58, 335), nicht verletzt: es hat auf der einen Seite die Betriebsgefahr der Eisenbahn, auf der anderen Seite das eigene Verschulden des Klägers als die bei der Herbeiführung des Unfalles mitwirkenden Ursachen in Betracht gezogen und gegeneinander abgewogen, die Abwägung selbst jedoch, die nach wiederholten Entscheidungen des Reichsgerichts als ein Bestandteil der Prüfung, ob und in welchem Umfange ein Verschulden den einen oder den anderen Teil oder beide trifft, der Nachprüfung des Revisionsgerichts ebenfalls unterliegt (JW. 03 Beil. Nr. 154 u. 229; 05, 430 Nr. 10; 06, 544 Nr. 9), konnte nicht gebilligt werden, vielmehr war der Revision darin beizutreten, daß nach Lage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen das Verschulden des Klägers die von der Beklagten zu vertretende, aber durch keinerlei besondere Umstände erhöhte Betriebsgefahr der Eisenbahn dergestalt überwiegt, daß eine Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatze überhaupt nicht mehr angenommen werden kann. Auf der in gerader Richtung laufenden und gut beleuchteten Bahnstrecke, zu einer Zeit, in der der Straßenverkehr keinerlei Schwierigkeiten für den Passanten erzeugte und durch die Stille der Nacht das Herannahen des Straßenbahnwagens deutlich sich anzeigte, konnte der Unfall, der den Kläger betroffen hat, nur bei der äußersten Unvorsichtigkeit und Sorglosigkeit des Klägers sich ereignen, die, wenn er nicht betrunken war, wie er behauptet, fast noch schwerer zu bewerten ist, als im anderen Falle, die aber auch, wenn sie durch Trunkenheit veranlaßt war, derart die vorwiegende Ursache des Unfalles bildet, daß dessen Schadensfolgen dem Kläger allein zur Last fallen müssen ..."

579. Erkenntnis der eigenen Gefährdung bei einer Person im Alter zwischen sieben und achtzehn Jahren (BGB. §§ 254, 828). Urt. vom 27. Mai 08, VI 373/07.

„... Von den Klägern ist gar nicht behauptet worden, daß M. B. die zur Beurteilung der Folgen seines Verhaltens erforderliche Einsicht nicht gehabt habe, es war deshalb ohne weiteres davon auszugehen, daß er diese Einsicht gehabt habe. Was insoweit für die Frage der Deliktsfähigkeit nach BGB. § 828 gilt (RGZ. 61, 239 ff.), muß auch Anwendung finden, wenn eine Person im Alter zwischen sieben und achtzehn Jahren gegen einen andern Schadensersatzansprüche erhebt und es sich darum handelt, ob ihr auf Grund von BGB. § 254 der Anspruch wegen eigenen Verschuldens ganz oder teilweise zu versagen sei; die in § 828 geforderte Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit wird in diesen Fällen durch die Einsicht zur Erkenntnis der Gefahr gedeckt, der sich der Minderjährige durch seine Handlung aussetzt (vgl. das Urt. des erkennenden Senats vom 31. Mai 06, VI 395/05, abgedruckt im RheinArch. 103, 287 ff.) ...“

580. Zum Begriff des Baugelddarlehns (BGB. § 607). Urt. vom 22. Mai 08, III 501/07.

„... Bei der Auslegung des Verpflichtungsscheins geht das Berufungsgericht von dem Wortsinne des Wortes ‚Baugeld‘ aus, das an Stelle des vorgedruckten Wortes ‚Hypothekenkapital‘ gesetzt ist. Es folgert aus diesem Wortsinn, daß ein Darlehn, das fast zur Hälfte zur Ablösung bereits auf dem Grundstück haftender Hypotheken hätte verwendet werden müssen, nicht als Baugelddarlehn zu erachten sei. Richtig ist, daß ein Baugelddarlehn seinem Zwecke nach für einen zu errichtenden Bau gegeben wird und daß diese, regelmäßig sowohl von dem Darlehnsgeber als dem Darlehnsnehmer gewollte Zweckbestimmung, die Auszahlung in dem Fortschreiten des Baues entsprechenden Raten und ein, aus der Natur des Baugeldvertrages als eines gemeinschaftlichen Unternehmens sich ergebendes wechselseitiges Vertrauensverhältnis (vgl. RGZ. 37, 336) das Baugelddarlehn von dem gewöhnlichen Hypothekendarlehn unterscheiden. Dagegen ist es mit dem Begriffe des Baugelddarlehns keineswegs unvereinbar, daß seine Gewährung von der Einräumung einer Hypothek zu bestimmter Stelle abhängig gemacht wird. Auch wenn dies geschieht, kann der Wille beider Vertragsteile sehr wohl dahin gehen, daß das Darlehn lediglich zur Errichtung des Baues verwendet, seine Verwendung zur Abstoßung voreingetragener Hypotheken ausgeschlossen werde. Sache des Darlehnsuchers ist es, in solchem Falle dafür zu sorgen, daß der Baugeldhypothek die vereinbarte Stelle geschafft wird ...“

581. Umfang der Pflicht eines Gastwirts, den Zugang zu säubern und zu beleuchten (BGB. § 823). Urt. vom 27. Mai 08, VI 362/07.

„... Der Revision war stattzugeben.

Zwar konnte ihr erster Angriff, der sich auf die allgemeine Benutzung des Vorplatzes als Zugang zu dem Hause des Beklagten bezieht, keinen Erfolg haben; er ist bereits durch das frühere Revisionsurteil erörtert und erledigt. Der Beklagte war, so ist dort im Einklange mit dem Berufungsurteil ausgeführt, verpflichtet, einen Zugang zu seinem Wirtshause in verkehrssicherem Zustande zu erhalten und bei Winterglätte von Eis und Schneeresten zu befreien. Er war aber nicht verpflichtet, diese Säuberung auf den ganzen Vorplatz vor seinem Hause auszudehnen, selbst wenn das Publikum diesen gemeinhin, wie er wußte, als Zugang zu benutzen pflegte. Eine solche Benutzung war für gewöhnlich unbedenklich; bei einer Witterung, die die Sicherheit des Gehens gefährdet, hat sich aber ein jeder an die eigentlichen Wege zu halten, und nur diese ist auch der Gastwirt und Hauswirt von

Schnee und Eis frei zu halten verpflichtet. Der ordnungsmäßige Zugang zum Hause des Beklagten war nun der Plattenweg, der in Ordnung gehalten war und den jedermann benutzen konnte und benutzen mußte.

Dagegen waren die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Beleuchtungspflicht des Beklagten hinsichtlich dieses ordnungsmäßigen Zuganges zum Hause verneint, rechtlich zu beanstanden. Es kann unerörtert bleiben, ob dem Urt. des KG. vom 29. Jan. 06, insofern es die Regierungspolizeiverordnung vom 8. März 52 schlechthin für ungültig erklärt, in jeder Beziehung zu folgen sein möchte; jedenfalls sind dessen Ausführungen unbedenklich, soweit sie das Zirkularschreiben des Amtsmanns zu B. vom 9. Juli 1902, das jeder Förmlichkeit einer Ortspolizeiverordnung, wie sie die Rahmenverordnung vom 8. März 52 im Auge hat, entbehrt, betreffen und dieses für rechtsunwirksam erklären. Das Reichsgericht hat aber wiederholt ausgesprochen, daß ein Gastwirt, der einen allgemeinen Verkehr in seinem Gastlokale eröffnet hat und das Publikum zu dessen Besuch einladet, auch verpflichtet ist, die Zugänge zu seiner Wirtschaft zu beleuchten (JW. 03 Beil. Nr. 214; 05, 45 Nr. 9). Selbst ohne eine dahingehende Polizeiverordnung war der Beklagte daher für verpflichtet zu erachten, den oben behandelten ordnungsmäßigen Zugang zu seinem Hause und seiner Wirtschaft derartig zu erhellen, daß dieser sicher zu erkennen und zu beschreiten war.

Das Berufungsgericht meint, daß der Beklagte auch ohne Beleuchtung des Zugangsweges habe erwarten dürfen, daß die Gäste und sonstigen Besucher seines Hauses diesen ohne Gefährde passieren würden und zieht zur Parallele den Satz heran, daß kleinen Landgemeinden auch eine Straßenbeleuchtung nicht zugemutet werde. Daran ist nur so viel richtig, daß, wie die Straßenbeleuchtungspflicht ländlicher Gemeinden, so auch die Beleuchtungspflicht des Gastwirts hinsichtlich der Zugänge zu seiner Wirtschaft sich nach den Umständen, insbesondere nach dem Verkehre zu richten hat, der in der einzelnen Wirtschaft sich bewegt. Im übrigen bedeutet eine allgemeine Straßenbeleuchtungspflicht für eine kleine und nicht wohlhabende Landgemeinde eine schwere Belastung des Haushalts, während die Anbringung einer Laterne am Hauseingange für den Gastwirt, der seinen Vorteil aus dem Besuche der Gäste zieht, nur ein geringes Opfer bedingt, das ihm wohl zugemutet werden kann. Das Berufungsgericht hat über den Umfang des Verkehrs, der in dem Wirtshause des Beklagten herrschte, keine Feststellung getroffen; ohne eine solche war es aber auch nicht befugt, die Beleuchtungspflicht des Beklagten zu verneinen. Ein nur geringer, nicht regelmäßiger Verkehr von einzelnen Gelegenheitsgästen in dem Wirtshause des Beklagten würde ihn vielleicht von der Beleuchtungspflicht befreien können; dem Anscheine nach gehört die Gastwirtschaft des Beklagten zu diesen kleinen ländlichen Wirtschaften von schlechthin unbedeutendem Verkehre nicht.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte hat darauf hingewiesen, daß nach einer im Tatbestande des Urteils erster Instanz niedergelegten Behauptung des Beklagten, die unbestritten geblieben sei, an dem fraglichen Abend der Mond geschienen und den Platz beleuchtet hat. Ein heller Mondschein, der den Vorplatz des Hauses und insbesondere den mit Platten belegten ordentlichen Zugang zu diesem wirksam beleuchtet und nicht etwa gerade in seinen Schatten legte, würde allerdings eine andere Beleuchtung überflüssig zu machen geeignet gewesen sein. Die Behauptung des Beklagten geht aber nur dahin, daß der Mond ‚ziemlich' hell geschienen und in Verbindung mit dem Lichtschein aus den Fenstern des Hauses den Vorplatz hinlänglich erhellt habe. Daraus läßt sich ein Bild des wirklichen Beleuchtungszustandes nicht gewinnen und nach der Behauptung, wie sie vorliegt, würde eine Beleuchtung gerade des ordentlichen Zuganges, auf dessen Benutzung dadurch die Besucher des Hauses hingewiesen wurden, nicht entbehrlich geworden sein.

Das Berufungsgericht fügt seiner Erwägung, mit der es den Beklagten von einer Verpflichtung, den Zugang zu seinem Hause zu beleuchten, freispricht,

noch den weiteren Grund hinzu, daß die Laterne an dem Hauseingang, wenn sie gebrannt hätte, den Teil des Vorplatzes, wo die Klägerin fiel, doch nicht beleuchtet haben würde, mithin der Mangel der Beleuchtung nicht von ursächlicher Bedeutung für den Unfall geworden sei. Allein diese Erwägung würde nur zutreffen, wenn feststünde, daß die Klägerin, auch wenn der ordentliche und sichere Zugang zum Hause beleuchtet gewesen wäre, dennoch ihren Weg über den unbeleuchteten Vorplatz genommen haben würde. Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen. Die näher liegende Wahrscheinlichkeit möchte sein, daß die Klägerin den erhellten Weg dem dunklen vorgezogen haben würde. Die Möglichkeit, daß die Macht der Gewohnheit sie auf den dunklen und gefahrvolleren Weg geführt hätte, ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen; wenn das Berufungsgericht in der Lage ist, eine Überzeugung dahin zu gewinnen, wird es berechtigt sein, an seiner Verneinung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Verschulden des Beklagten und dem Unfalle der Klägerin festzuhalten; im anderen Falle muß diese als rechtsirrig angesehen werden.

Das Urteil des Berufungsgerichts unterliegt daher abermals der Aufhebung und Zurückverweisung in die Berufungsinstanz nach Maßgabe der ZPO. § 565 Abs. 1 . . ."

582. Willkürliches Tun des vom Führer gelenkten Pferdes (BGB. § 833). Urt. vom 4. Juni 08, IV 552/07.

„Allerdings liegt nicht schon dann ein willkürliches Tun des von seinem Führer gelenkten Pferdes vor, wenn dieses die ihm vom Lenker vorgeschriebenen Bewegungen nicht mit aller Exaktheit ausführt. Das Pferd verbleibt — wie das Reichsgericht schon in seinem Urt. vom 19. März 08, Rep. IV 329/07, ausgeführt hat — auch dann noch unter der Botmäßigkeit seines Lenkers, wenn es die gewünschten Bewegungen nicht mit vollster Genauigkeit und mit größerer als der berechneten Kraftaufwendung ausführt. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts steht aber ein solcher Fall nicht in Frage; vielmehr scheute das Pferd und sprang zur Seite, weil ihm unerwartet ein Fuhrwerk entgegenkam. Ohne Rechtsirrtum durfte das Berufungsgericht hierin ein aus der spezifischen Natur des Tieres entspringendes willkürliches Tun desselben finden, durch das es sich der Leitung entzog, mag es auch nach dieser Bewegung noch im Zügel des Lenkers geblieben sein. Die Ausführung, daß von einer Anwendung des § 833 nur dann die Rede sein könne, wenn sich das Tier gänzlich der Führung entzogen habe und durchgegangen sei, faßt die Gesetzesvorschrift zu eng auf . . ."

583. 1. Im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Unterhaltung eines Wohngebäudes (BGB. § 836). **2. Entscheidung über den Grund, wenn mehrere Schädenposten geltend gemacht sind** (ZPO. § 304). Urt. vom 1. Juni 08, IV 548/07.

„Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die in dem Abbrechen der morschen Stufenkante liegende Ablösung eines Gebäudeteiles die Folge mangelhafter Unterhaltung ist, und daß die Beklagte als Eigenbesitzerin des Grundstücks den der Klägerin entstandenen Schaden zu ersetzen hat, falls sie nicht zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (BGB. § 836). Zu der Frage, ob diese Sorgfalt beobachtet worden ist, hat das Berufungsgericht als unstreitig festgestellt: der Kantor hat bald nach seinem Einzug in das Haus dem Pfarrer G. mitgeteilt, die Treppe zu dem oberen Stockwerk sei morsch. G. beauftragte darauf den Tischlermeister S. mit Ausbesserung der Treppe. S. reparierte eine Stufe des unteren Treppenabsatzes. Die Stufe, die am 28. Dezember 1905 abbrach, gehörte zu dem oberen Treppenabsatz.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt: durch die Erteilung des Auf-

trags zur Reparatur der als schadhaft bekannt gewesenen Treppe habe die Beklagte noch nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet. Sie hätte sich vielmehr die Überzeugung verschaffen müssen, daß nach Ausführung des Auftrags durch den Tischlermeister jede Gefahr bei Benutzung der Treppe abgewendet sei. Sie habe sich nicht auf eine nochmalige Anzeige des Kantors L. für den Fall der Unzulänglichkeit der Arbeit des S. verlassen dürfen. Denn für L. habe keine gesetzliche Verpflichtung vorgelegen, den nicht beseitigten Mangel von neuem zu rügen. Deshalb sei es unerheblich, wenn der dem Tischlermeister erteilte Auftrag dahin gegangen sei, die Treppe so zu reparieren, daß jeder Unfall ausgeschlossen sei, und wenn dem sachverständigen Urteile des Tischlermeisters keinerlei Beschränkung auferlegt worden sei.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß unter diesen Umständen die Vertreter der Beklagten nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zum Zwecke der Abwendung der Gefahr beobachtet haben, wird von der Revision mit Recht beanstandet. Wenn der Tischlermeister S. zuverlässig war und wenn er den unbeschränkten Auftrag hatte, die Treppe so auszubessern, daß jeder Unfall ausgeschlossen sei, so war von den Vertretern der Beklagten nicht zu verlangen, daß sie das Werk des Sachverständigen einer besonderen Prüfung unterzogen. Sie durften auch annehmen, daß die Bewohner des Hauses, wenn noch Mängel vorhanden seien oder sich im Laufe der Zeit zeigten, eine Anzeige machen würden, wie sie dem Mieter gemäß BGB. § 545 Abs. 1 obliegt. Die Verurteilung der Beklagten ist hiernach durch die von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht gerechtfertigt.

Die Revision rügt ferner Verletzung der ZPO. § 304 und des BGB. § 843. Auch diesem Angriff ist Erfolg zu gewähren. Die Klägerin hatte verlangt

1. Zahlung von 226 ℳ 35 ₰ Heil- und Pflegkosten,
2. eine Jahresrente von 300 ℳ.

Den Anspruch auf Zahlung der Rente hatte die Beklagte in der Berufungsinstanz als unbegründet bestritten. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt: ‚Da durch das angefochtene Urteil zulässigerweise gemäß ZPO. § 304 über den Grund des Schadens vorab entschieden worden ist, so konnte im gegenwärtigen Abschnitte des Verfahrens unerörtert bleiben, ob sich der Betrag des von der Beklagten zu ersetzenden Schadens um die Rente erhöht, die von der Klägerin beansprucht wird, weil sie durch den Unfall in ihren Erwerbsverhältnissen geschmälert sein will.‘ Das Berufungsgericht hat also nicht angenommen, daß infolge des Unfalls die Erwerbsfähigkeit der Klägerin gemindert worden sei (BGB. § 843), sondern hat den gesamten Klaganspruch, insbesondere auch den Rentenanspruch, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt unter Ablehnung der Prüfung, ob der Rentenanspruch rechtlich begründet sei. Damit hat der Berufungsrichter das Gesetz verletzt (vgl. RGZ. 63, 198; JW. 06, 710 Nr. 5; 07, 7 Nr. 7; auch die Urt. des 4. ZS. vom 18. April 07 Nr. 459/06 und vom 1. Juli 07 Nr. 73/07) . . .“

584. Bedeutung der Übergabe der Frachtbriefduplikate (BGB. § 931). Urt. vom 20. Mai 08, I 444/07.

„. . . Der Berufungsrichter geht davon aus, daß R. nach den zwischen ihm und der Klägerin getroffenen Abmachungen erst mit der Einlösung der Frachtbriefduplikate verfügungsberechtigter Eigentümer des Zuckers werden sollte. Die Versuche der Revision, dies als eine juristische Unmöglichkeit hinzustellen, sind verfehlt. Kommt den Frachtbriefduplikaten auch nicht die Bedeutung der handelsrechtlichen Dispositionspapiere zu (Art. 8 Abs. 6 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr), so steht doch nichts im Wege, ihre Übergabe als Ausdruck der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Ware aufzufassen, nach EGBGB. Art. 11 Abs. 2 fand die Vorschrift des BGB. § 931 auf die Form der Übereignung der in D. lagernden Ware Anwendung . . .“

585. Verlangen der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als Mißbrauch des Rechts des Ehegatten (BGB. § 1353). Urt. vom 1. Juni 08, IV 534/07.

„... Auch die Beurteilung der eventuellen Herstellungsklage des Ehemanns gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß eine Verbindung von Klagen der angestellten Art an sich zulässig ist. Es folgert aber aus den besonderen Umständen des vorliegenden Falls, insbesondere aus dem völlig ungerechtfertigten Übergang des Klägers zur Scheidungsklage, daß zur Zeit der Erhebung derselben das eventuelle Verlangen nach Herstellung der häuslichen Gemeinschaft sich als ein Mißbrauch des Rechtes des Ehemanns darstelle. Das Berufungsgericht hat diese Annahme auch ausreichend begründet, es hat aus dem Verhalten des Klägers entnommen, zurzeit fehle ihm die Kraft und der Wille, seine kranke Frau im Falle der Rückkehr mit der durch ihren Gesundheitszustand gebotenen Geduld und Nachsicht zu behandeln. Die Meinung der Revision, die Entscheidung des Berufungsgerichts führe zu einem lebenslänglichen Getrenntleben der Ehegatten, ist nicht zutreffend. Einem von Rechtsmißbrauch freien späteren Verlangen der Herstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Gemeinschaft steht die ergangene Entscheidung nicht entgegen ...“

586. Rechtswirkungen eines schon unter altem Recht begonnenen Verzugs (EGBGB. Art. 170). Urt. vom 29. Mai 08, II 24/08.

„... Es handelt sich hier nämlich um die Folgen des Verzugs, in welchem sich die Beklagten schon seit 1895 in bezug auf die Erfüllung einer unter der Herrschaft des code civil begründeten vertraglichen Verbindlichkeit befinden. Die rechtlichen Wirkungen dieses Verzugs sind aber nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. namentlich RGZ. 52, 262 ff.) gemäß EGBGB. Art. 170 auch seit der Einführung des letzteren nach dem zur Zeit der Entstehung dieses Schuldverhältnisses geltenden Rechte zu beurteilen ...“

587. Urteile als tatsächliche Angaben (UnlWG. §§ 1, 6). Urt. vom 26. Mai 08, II 13/08.

„... Wie der erkennende Senat öfters entschieden hat, können auch Urteile, denen doch in der Regel tatsächliche Erwägungen zugrunde liegen, im Bereiche des Wettbewerbgesetzes als tatsächliche Angaben erscheinen, wenn nämlich das Urteil etwas als geschehen, als vorhanden hinstellt, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit im gegebenen Falle objektiv festgestellt werden kann ...“

588. Erfordernis des bestimmten Klagantrags (ZPO. § 253 Abs. 2 Ziff. 2). Urt. vom 15. Mai 08, VII 544/07.

„... Zwar muß nach ZPO. § 253 Abs. 2 Ziff. 2 die Klageschrift ‚einen bestimmten Antrag‘ enthalten. Es mag hier auch unterstellt werden, daß selbst gegenüber den Ausführungen des Reichsgerichts in den Urteilen vom 5. Mai 83 (RGZ. 10, 353), vom 28. Okt. 90 (JW. 90, 410 Nr. 4) sowie in der Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate vom 28. Juni 88 (RGZ. 21 S. 382, 387 ff.) es als ein unumgängliches prozessuales Erfordernis anzusehen ist, daß bei einem auf Geldzahlung gerichteten Rechtsstreit die Klageschrift oder doch mindestens der in der Schlußverhandlung gestellte Antrag die genaue ziffermäßige Angabe des Geldbetrages enthält, den der Kläger zugesprochen wissen will. Diese prozessuale Grundlage des Verfahrens war aber schon in der I. Instanz insofern gegeben, als der Kläger eine bestimmte Geldsumme, nämlich 6888 ℳ 40 ₰ als den Mindestbetrag verlangte, der ihm jedenfalls zuzusprechen sei. Wenn er außerdem einen weiteren Geldanspruch dahin erhob, daß ihm auch noch diejenige Summe zugesprochen werden sollte, die über diesen Mindestbetrag hinaus durch die Sachverständigen als angemessen ermittelt werden

würde, so ist hieraus unter der Voraussetzung, daß ein in solcher Form gestelltes Klagverlangen der nach § 253 erforderlichen Bestimmtheit entbehre, bei Berücksichtigung der grundsätzlichen Teilbarkeit der Geldleistungen nicht die Schlußfolgerung berechtigt, daß der ganze Klagantrag der erforderlichen Bestimmtheit ermangele, vielmehr nur diejenige, daß dies Erfordernis dem zweiten, nur auf das Ermessen der Sachverständigen Bezug nehmenden Teile des Klagantrages fehle. Hält man diesen Teil des Antrages für prozessual unzulässig, so war er für die sachliche Entscheidung ohne Bedeutung. Die Sache liegt dann ebenso, als wenn dieser Teil des Antrages vom Kläger nie gestellt worden wäre. Von diesem Standpunkt aus hätte hiernach das Landgericht dem Kläger den Betrag von 6888 ℳ 40 ₰ zusprechen, im übrigen aber, falls es von dem durch die ZPO. § 139 gegebenen Fragerecht keinen Gebrauch machte, den Klagantrag als prozessual unzulässig und deshalb wirkungslos bezeichnen müssen. Der Kläger war dann aber nicht gehindert, unter Erweiterung des in zulässiger Form gestellten Teiles des erstinstanzlichen Klagantrages im Berufungsantrage die Summe ziffermäßig, also ‚bestimmt' anzugeben, deren Zusprechung er über jenen ihm zuerkannten Mindestbetrag hieraus beanspruchte ..."

589. Haftung des Reichsmilitärfiskus wegen ungenügender Absperrung verseuchter Pferde (BGB. §§ 823, 89, 31). Urt. vom 2. Juli 08, VI 527/07.

„... Das Berufungsgericht nimmt für erwiesen an, daß bei der Unterbringung, Beaufsichtigung und Absperrung der an der Brustseuche erkrankten Pferde des Husarenregiments Nr. 11 im August und im September 1905 die gewöhnlichsten und durchaus notwendigen Vorsichtsmaßregeln zum Schutze der Nachbarschaft vernachlässigt worden sind. Es stellt fest, daß Pferde des Klägers durch jene Pferde angesteckt worden sind und nimmt eine an Gewißheit grenzende hohe Wahrscheinlichkeit dafür an, daß der Krankheitsstoff unmittelbar von Pferd zu Pferd übertragen worden ist, und zwar infolge ungenügender Absperrung der verseuchten Pferde, die auf den dem freien Fuhrverkehr offenstehenden und täglich von Fuhrwerk benutzten Wegen bewegt, geputzt und getränkt worden seien. Für die Vernachlässigung jener Maßregeln und damit auch für den dem Kläger durch die Erkrankung seiner Pferde und das Umstehen eines dieser Pferde entstandenen Schaden erachtet es den Beklagten verantwortlich; ‚den Organen' des Beklagten, ‚der Kommandobehörde', falle eine Fahrlässigkeit zur Last, für deren Folgen der Beklagte nach BGB. §§ 823, 89, 31 zu haften habe. Ein Verschulden des Klägers habe bei der Entstehung des Schadens nicht mitgewirkt.

Die Revision rügt die Verletzung des BGB. § 31; das Berufungsurteil lasse eine Angabe darüber völlig vermissen, welche ‚Kommandobehörde' das Berufungsgericht meine und welche ‚Organe des Beklagten' es im Auge habe, und ob die von ihm gemeinten Organe als verfassungsmäßig berufene Vertreter des Beklagten anzusehen seien, die in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen gehandelt hätten. Es sei ferner ein überzeugender und ausreichender Zusammenhang zwischen dem Schaden des Klägers und dem behaupteten fahrlässigen Verhalten des Beklagten und seiner Organe nicht ausreichend erwiesen. Rechtsirrig sei es endlich, daß das Berufungsgericht die Mitwirkung eines Verschuldens des Klägers bei der Entstehung seines Schadens verneint habe.

Diese Angriffe können nicht für begründet erachtet werden. Die beiden zuletzt erwähnten anlangend, kann auf die einschlagenden, durchaus zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts um so mehr verwiesen werden, als die Revision zu deren Widerlegung nichts vorgebracht hat. Im übrigen ist es allerdings richtig, daß das angefochtene Urteil nicht genau erkennen läßt, welchem verfassungsmäßigen Vertreter es die in der Unterlassung der ge-

botenen Vorsichtsmaßregeln liegende Fahrlässigkeit (vgl. in dieser Beziehung das Urteil des erkennenden Senats in RGZ. 52, 373 ff.) zur Last legte. Während das Landgericht von einem Verschulden des ‚Regiments', der ‚Regimentskommandobehörde' (richtiger des Regimentskommandeurs) spricht, scheint das Berufungsgericht das ‚Garnisonkommando' zu D. (richtiger den Garnisonkommandanten) als den verfassungsmäßigen Vertreter des Beklagten anzusehen, der unter Verletzung der ihm obliegenden Verrichtungen dem Kläger den Schaden zugefügt hat. Die Erörterung der Frage, welchen verfassungsmäßigen Vertreter ein Verschulden trifft, kann jedoch nach Lage des Falles dahingestellt bleiben. Es ist festgestellt, daß das ‚Regimentskommando' und das ‚Garnisonkommando' von dem Ausbruch der Seuche jedenfalls Anfang September 1905 Kenntnis erhalten haben; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Regimentskommandeur oder doch der Garnisonkommandant ein verfassungsmäßiger Vertreter des Beklagten wenigstens i. S. von BGB. § 30 ist und daß zu seinen Pflichten gehört, sofort für die Anordnung jener Vorsichtsmaßregeln zu sorgen. Daß nun jenen oder diesen oder beide oder einen sonstigen verfassungsmäßigen Vertreter in dieser Beziehung ein Verschulden trifft, das hatte der Kläger hier, wo es sich um die Unterlassung notwendiger Maßregeln handelt, nicht darzutun; vielmehr hatte der Beklagte nachzuweisen, daß von ihm, d. h. von seinen verfassungsmäßigen Vertretern alle Anordnungen getroffen worden waren, die bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt getroffen werden mußten, um der Ansteckungsgefahr tunlichst vorzubeugen. Erst wenn er dies getan hätte, würde die zunächst schlüssige Annahme, daß ihn in seinen verfassungsmäßigen Vertretern ein Verschulden trifft, weggefallen sein und dann erst die Frage aufgeworfen werden können, ob er für den eingetretenen Schaden auch dann haften würde, weil die angeordneten Maßregeln nicht ausgeführt worden sein sollten . . ."

590. Irrtum über das künftige Verhalten des Vertragsgegners bei der Vertragserfüllung (BGB. §§ 119, 123). Urt. vom 30. Juni 08, VII 437/07.

„. . . Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß ein Zuwiderhandeln des Klägers gegen die übernommene Vertragspflicht lediglich die Rechtsnachfolgen nach sich zieht, die jede Vertragsverletzung mit sich bringe, nicht aber zur Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums oder Betrugs berechtige. Daß der Beklagte den Vergleich nicht geschlossen hätte, wenn er vorausgesehen hätte, daß ihn der Kläger nicht nach Treu und Glauben erfüllen werde, mag richtig sein; allein ein derartiger Irrtum über das künftige Verhalten des Vertragsgegners bei der Vertragserfüllung kann niemals zur Anfechtung des Vertrags genügen. Wenn der Versprechende nach seinen persönlichen und Vermögensverhältnissen zur Erfüllung des Versprechens zweifellos imstande ist, so ist es zivilrechtlich gleichgültig, ob er auch die Absicht der Erfüllung hat oder nicht; er wird einfach mit Hilfe der Rechtsordnung zur Erfüllung oder zum Schadensersatz gezwungen. Es kann deshalb nicht einmal die schon beim Vertragsabschlusse vorhandene Absicht der Nichterfüllung den andern Vertragsteil zur Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs berechtigen. Um so mehr muß dies gelten von einer nicht im voraus gewollten Vertragsverletzung . . ."

591. Mangel der Willensübereinstimmung bei einer Erklärung, die im Verkehr einen bestimmten Sinn hat (BGB. § 119). Urt. vom 30. Juni 08, II 78/08.

„. . . Das Oberlandesgericht hat — im Gegensatz zum Landgericht — die streitige Frage grundsätzlich zum Nachteil des Beklagten entschieden; ‚aus eigener Erfahrung' und auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme sei

anzunehmen, daß im Holzhandel ein ‚Waggon' 200 Zentner bedeute; danach enthalte der schriftliche Vertrag eine übereinstimmende Erklärung der Parteien, die objektiv als monatlich zu lieferndes Quantum 200 Ztr. Bretter ergebe; wenn der Beklagte sich bezüglich des Vertragsinhalts in dem von ihm behaupteten Irrtum, daß er nur 100 Ztr. zu liefern übernommen, befunden habe, so sei der Vertrag von ihm wegen dieses Irrtums allerdings anfechtbar gewesen; diese erst im Prozesse erfolgte Anfechtung sei aber verspätet gewesen; nur für den Fall, daß der Inhaber der klägerischen Firma die Leistung des ihm zugeschobenen und auferlegten Eides, daß bei den Verkaufsverhandlungen nicht davon die Rede gewesen sei, daß Beklagter einen Straßenbahnwagen Kistenbretter monatlich liefern solle, verweigern sollte, würde die Sache anders liegen, da dann anzunehmen sei, daß der Vertrag sich auf nur 100 Ztr. monatlich erstreckt habe.

Diese Ausführungen sind, wie von der Revision mit Recht geltend gemacht wird, insofern rechtlich zu beanstanden, als angenommen ist, daß, auch wenn der Beklagte bei Abschluß des Vertrages der Ansicht gewesen sein sollte, daß er sich durch denselben nur zur Lieferung von 100 Ztrn. und nicht 200 Ztrn. Kistenbretter monatlich verpflichte, lediglich ein Irrtum in der Erklärung, der das Recht auf Anfechtung gemäß BGB. § 119 begründe, und nicht ein versteckter Dissens vorgelegen haben würde.

Wenn der Wortlaut von Willenserklärungen der Vertragschließenden übereinstimmt, so kann gleichwohl, wie in dem Urteil des 5. ZS. in RGZ. 66, 122, dessen Ausführungen sich der erkennende Senat anschließt, dargetan wird, ein Mangel der Willensübereinstimmung vorliegen, wenn dieser Wortlaut eine verschiedene Deutung zuläßt und der eine Vertragschließende demselben die eine, der andere die andere Deutung gegeben hat. Das verkennt zwar das Oberlandesgericht nicht, allein seine Annahme, daß der Ausdruck ‚Waggon' im Holzhandel nur die eine Deutung zulasse, daß es sich um eine Quantität von 200 Ztrn. handele, ist rechtlich nicht haltbar. Es ist dabei nicht berücksichtigt, daß, wenn auch die Ausdrucksweise des Verkehrs für Auslegung der in demselben vorkommenden Worte und Wendungen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß im einzelnen Falle die besonderen Verhältnisse und Umstände eine andere abweichende Auffassung begründen können. Im vorliegenden Falle war von dem Beklagten geltend gemacht, daß, weil für den Transport der zu liefernden Bretter von seiner Mühle zu dem Lager der Klägerin nur die Straßenbahn, nicht die Eisenbahn in Frage gekommen sei, er angenommen habe, daß unter einem Waggon im Sinne des Vertrages vom 18. Nov. 1905 ein Straßenbahnwaggon, der nur mit 100 Ztrn. Bretter beladen werden könne und nicht ein Eisenbahnwaggon zu verstehen sei. Das Oberlandesgericht geht selbst, wie die Begründung der Eidesauflage ergibt, davon aus, daß, wenn bei den Vertragsverhandlungen davon die Rede gewesen sei, daß monatlich ein Straßenbahnwaggon geliefert werden sollte, die Annahme, daß 200 Ztr. zu liefern seien, nicht zutreffe. Daraus ergibt sich aber die Unrichtigkeit der Erwägung, daß der Ausdruck ‚Waggon' nicht zweideutig sei, und nur ein Eisenbahnwaggon zu 200 Ztrn. darunter verstanden werden könne. Denn in diesem Falle wäre in Wirklichkeit ein solcher darunter tatsächlich nicht verstanden worden, sondern ein Straßenbahnwaggon zu 100 Ztrn.

Läßt aber der Ausdruck ‚Waggon' auch diese Bedeutung zu, so würde, wenn der Beklagte bei Abschluß des Vertrages davon ausging, sich zur Lieferung nur eines Straßenbahnwaggons monatlich zu verpflichten, während die Klägerin einen Eisenbahnwaggon im Auge hatte, nicht ein Irrtum in der Willenserklärung nach BGB. § 119, sondern ein Mangel in der Willensübereinstimmung vorliegen und es durfte das hierauf gerichtete Vorbringen des Beklagten nicht, wie vom Oberlandesgericht geschehen, mit der Begründung beseitigt werden, daß dasselbe nach BGB. § 121 verspätet sei. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben, die Sache aber zur anderweiten Ver-

handlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das von dem bezeichneten Standpunkt aus die Sache erneut zu beurteilen haben wird . . ."

592. Kauf zubußefreier Bergwerksanteile. Voraussetzungen für die Annahme mangelnder Willenseinigung und für die Anfechtung (BGB. §§ 305, 119, 123). Urt. vom 24. Juni 08, I 399/07.

„. . . Was die Kaufverhandlungen anlangt, die zwischen dem Kläger und dem Vertreter der Beklagten am 20. September 1905 stattfanden und zu dem Ankaufe von 20 Anteilen der Bohrgesellschaft ‚B.' durch den Kläger führten, so hat das Berufungsgericht über den Inhalt dieser Verhandlungen bestimmte Feststellungen getroffen. Das Gericht nimmt als erwiesen an, daß die ‚Verkaufs- und Kaufserklärung der Parteien sich hinsichtlich des Kaufgegenstandes objektiv deckten. Letzteren hätten die im Kurszettel als (gegenwärtig) zubußefrei bezeichneten Anteile gebildet.' Im Hinblicke auf diese Feststellungen erscheint die Annahme eines sog. versteckten Dissenses (BGB. § 155), auf den die Revision sich berufen hat, ausgeschlossen. Führen Wortlaut der abgegebenen Erklärungen und begleitende Umstände zu der Auffassung, daß die beiderseitigen Erklärungen der Vertragschließenden im Verkehr als Erklärungen gleichen Inhalts verstanden werden müssen, dann darf sich jeder Vertragsteil darauf verlassen, daß ohne Rücksicht auf einen etwaigen abweichenden verborgenen Willen des andern Teiles das Erklärte gilt, und es kommt ein den abgegebenen Erklärungen entsprechender Vertrag zustande (vgl. RGZ. 58, 233; 66, 122).

Den hiernach im vorliegenden Falle abgeschlossenen Kaufvertrag kann der Kläger allerdings wegen Irrtums (BGB. § 119) anfechten, wenn er nachweist, daß er unter den ‚zubußefreien' Anteilen nicht solche von bloß beschränkter Zubußefreiheit i. S. des § 8 des Statuts, sondern Anteile verstanden habe, die für alle Zeit zubußefrei seien, daß ihm also der Wille gefehlt habe, eine Erklärung des Inhalts, wie sie nach der Feststellung des Berufungsgerichts verlautbart worden ist, abzugeben. Und die Revision behauptet im Gegensatz zu den Annahmen des Berufungsrichters, daß der Kläger eine ausreichende Anfechtungserklärung rechtzeitig der Beklagten habe zugehen lassen. Ob das richtig ist, kann indessen dahingestellt bleiben, da das Berufungsgericht weiter festgestellt hat, daß der Wille des Klägers mit der von ihm objektiv abgegebenen Erklärung übereingestimmt habe. Das Berufungsgericht führt aus, das Wort ‚zubußefrei' „bedeute dem zunächst liegenden Sinne nach: weder auf Grund der Satzung noch überhaupt gegenwärtig mit Zubuße behaftet. Der Ausdruck möge immerhin auch der Deutung fähig sein, die ihm Kläger gebe, wonach ‚zubußefrei' gleichbedeutend wäre mit ‚für alle Zeit zubußefrei'. Daß der Kläger aber den Ausdruck in diesem Sinne verstanden habe, als er den Vertrag abgeschlossen hätte, sei ausgeschlossen, da zubußepflichtige und zubußefreie Anteile im Kurse nur um den verhältnismäßig geringen Betrag von 100 ℳ differiert hätten und mit dieser geringen Differenz offensichtlich nicht die möglichen Zubußen für alle Zeit hätten abgegolten sein können." Mit dieser Feststellung wird der Anfechtung wegen Irrtums der Boden entzogen. Zugleich ergibt sich, daß eine der Beklagten zur Last fallende arglistige Täuschung über den Begriff ‚zubußefrei' — welche nach Auffassung der Revision von beiden Vorinstanzen mit Unrecht verneint sein soll — nicht vorliegt; das Berufungsgericht mußte vielmehr auf Grund der hervorgehobenen Feststellungen zu dem Ergebnisse gelangen, daß der Kläger von der Beklagten ‚erhalten habe, was er gekauft habe' und habe kaufen wollen.

Es erhellt, daß die Revision nur Erfolg haben kann, wenn sie die erörterten, vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen mit Erfolg anzufechten vermag. Dies ist nicht der Fall; die von der Revision gerügte Verletzung der ZPO. § 286 kann nicht anerkannt werden. Die Feststellungen des Vorderrichters beruhen auf ausreichender tatsächlicher Würdigung des Prozeß-

stoffes. Auch sind die Grenzen tatsächlicher Beurteilung vom Kammergericht dadurch nicht überschritten worden, daß es die von dem Zeugen B. bekundeten Worte des Klägers, er wolle ‚nichts mit Zubuße zu tun haben', unter den obwaltenden Umständen nicht im buchstäblichen Sinne verstanden hat."

593. 1. Ist die Baureife eine Eigenschaft und ihr Fehlen ein Mangel des Grundstücks? (BGB. §§ 119 Abs. 2, 459). **2. Vernehmung des Ehemanns als Zeugen, obwohl er die von seiner Frau ausgestellte Prozeßvollmacht mitunterzeichnet hat** (ZPO. §§ 373 ff.). Urt. vom 27. Juni 08, V 511/07.

„. . . Die Revision rügt zunächst in prozessualer Beziehung, daß der Berufungsrichter den Ehemann der Klägerin, obwohl die Klage ‚in seinem Beistande' erhoben worden sei und er die Vollmachten, die seine Ehefrau dem Rechtsanwalt R. sowohl zur Ausführung des Vertrages im allgemeinen als auch zur Prozeßführung erteilt, mitunterschrieben habe, nicht als Partei behandelt, sondern als Zeuge vernommen habe, daß er ferner den für den Fall der Ablehnung des Versäumnisantrags gestellten Vertagungsantrag nicht berücksichtigt habe. Der Berufungsrichter hat dies damit begründet, daß der Ehemann der Klägerin die Vollmachten, wie die allgemeine am 13. Februar 1906 ausgestellte unzweideutig ergebe, nur unterschrieben habe, um die nach dem Gesetz erforderliche Zustimmung zu den Erklärungen seiner Ehefrau (BGB. §§ 1395 ff., 1400) zum Ausdruck zu bringen. Etwas anderes bedeute auch die Klage ‚im Beistande des Ehemannes' nicht, da nichts dafür spreche, daß der Ehemann selbst als Partei in den Prozeß habe eintreten wollen. Demzufolge sei auch der Beklagte nicht berechtigt gewesen, Berufungsanträge gegen den Ehemann zu stellen und in Beziehung auf diesen Versäumnisverfahren oder Vertagung zu verlangen.

Diese Ausführungen waren nicht zu beanstanden. Allerdings ist der in der Klage gebrauchte und dann auch in den Urteilen wiederkehrende Ausdruck ‚im Beistande des Ehemannes' nicht unzweideutig. Unter der Herrschaft des früheren Rechts wurde er gebraucht, um die nach den Vorschriften des ALR. II 1 §§ 188 ff., AGO. I 1 §§ 16 ff. erforderliche ‚Zustimmung' des Ehemannes zum Ausdruck zu bringen und demgemäß wurde der Ehemann in der Regel (RGZ. 34, 237; GruchotsBeitr. 40, 414; s. aber GruchotsBeitr. 39, 1117) als Partei behandelt. Auch unter der Herrschaft des neuen Rechts ist eine solche Auffassung nicht ausgeschlossen (GruchotsBeitr. 49, 946), als Regel aber kann sie, da das neue Recht nicht die Zuziehung, sondern nur die ‚Zustimmung' des Ehemanns fordert, nicht gelten. Es kommt auf die Prüfung im einzelnen Fall an und es konnte dem Berufungsrichter nicht entgegengetreten werden, wenn er den Ehemann der Klägerin, trotz der Mitunterzeichnung der Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten, nicht als Partei erachtet hat (vgl. RGZ. 60, 85; JW. 03 S. 147; GruchotsBeitr. 50, 1090). Dann ist aber auch die Zeugenvernehmung und die Ablehnung der Versäumnis- und Vertagungsanträge nicht zu beanstanden . . .

Bei der ‚Baureife', dem Vorhandensein der polizeilichen und statutarischen Voraussetzungen für die Bebauung eines an sich bebaubaren Grundstücks, handelt es sich, wie das Reichsgericht wiederholt angenommen hat (RGZ. 52, 429, V 563/04 und V 9/06), nicht um eine Eigenschaft oder einen Fehler des Grundstücks i. S. des BGB. §§ 119 Abs. 2, 459 . . ."

594. Einredeweise Geltendmachung einer Anfechtung, deren Berechtigung noch nicht durch Urteil festgestellt ist (BGB. §§ 123, 124, 142, 143). Urt. vom 3. Juli 08, II 108/08.

„. . . Das Berufungsgericht hat aber auch jedes andere Recht des Beklagten an der Police, namentlich ein solches auf Grund der in der geschiedenen Ehe zwischen ihm und der Klägerin M. geb. B. bestandenen Gütergemeinschaft aus folgenden Gründen verneint: Nach rechtskräftiger Scheidung

dieser Ehe sei am 30. Juni 1905 zwischen den geschiedenen Eheleuten ein gerichtlicher Vergleich zustande gekommen, in dessen § 3 der Beklagte seinen Verzicht auf die Einwerfung der etwaigen väterlichen Erbschaft der Klägerin und der etwaigen Erbschaft ihres Onkels L. B. oder sonstiger etwaiger Erbanfälle (in die auseinanderzusetzende Gütergemeinschaft) erklärt habe. Da die fragliche Police zur Hinterlassenschaft des M. B. gehöre, erstrecke sich dieser Verzicht des Beklagten auch auf dieselbe, insoweit die Klägerin M. geb. B. als Erbin des M. B. daran berechtigt sei. Die am 16. März 1906 von dem Beklagten gegenüber diesem Vergleiche erklärte Anfechtung gemäß BGB. §§ 123, 142, 143 benehme für sich allein diesem Vergleiche die Rechtswirksamkeit nicht. Nach diesen Ausführungen beruht also die Aberkennung des von dem Beklagten auf Grund der ehelichen Gütergemeinschaft beanspruchten Anteilsrechts an der Police auf dem erwähnten Verzicht, den das Berufungsgericht trotz der Anfechtung für gültig erachtet hat. Mit Recht hat aber der Revisionskläger den von dem Berufungsgerichte hierfür angegebenen Grund als ungenügend und rechtsirrtümlich angefochten. Soweit nämlich die Kürze des betreffenden Satzes dies erkennen läßt, scheint das Berufungsgericht hierbei von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß durch die innerhalb der gesetzlichen Frist erklärte Anfechtung eines Vertrages wegen arglistiger Täuschung der Anfechtende nicht das Recht erlange, dem sich auf diesen Vertrag berufenden Anfechtungsgegner gegenüber die Nichtigkeit des Vertrages im Prozesse mittels Einrede geltend zu machen, sofern diese Nichtigkeit nicht bereits gerichtlich festgestellt sei (denn, wollte man den angeführten Satz des Berufungsurteils so verstehen, daß die bloße Bezugnahme des Beklagten auf die erwähnte Anfechtung gegenüber der Bestreitung des geltend gemachten Anfechtungsgrundes nicht genüge, so würde dieser Satz selbst zwar materiellrechtlich nicht zu beanstanden sein, das Berufungsgericht aber der Vorwurf treffen, daß es hierbei die von dem Beklagten in der Vorinstanz vorgebrachten und unter Beweis gestellten tatsächlichen Behauptungen übersehen habe, durch welche dieser die Berechtigung der fraglichen Anfechtung dartun wollte, — ein Verstoß gegen ZPO. § 286, der im Zweifel nicht anzunehmen ist). Die hiernach allem Anscheine nach dem Berufungsurteile zugrunde liegende erstere Ansicht findet aber in den auf den fraglichen Vergleich vom 30. Juni 1905 anwendbaren Bestimmungen des BGB. keine Stütze. Vielmehr ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 123, 124, 142, 143 daselbst, daß infolge der rechtzeitig dem Anfechtungsgegner gegenüber geschehenen Abgabe der Erklärung, daß ein Rechtsgeschäft wegen einer bestimmten arglistigen Täuschung angefochten werde — die Berechtigung dieser Erklärung vorausgesetzt —, dasselbe unmittelbar als von Anfang an nichtig anzusehen ist und daß, sofern in einem Rechtsstreite die Berechtigung der geltend gemachten Anfechtung bestritten werden sollte, das mit der Sache befaßte Gericht die Streitfrage zu entscheiden hat, sofern nicht bereits eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung hierüber zugunsten der einen oder anderen Partei vorliegen sollte, was aber im gegebenen Falle nicht zutrifft. Wenn sich dann bei der gerichtlichen Prüfung des geltend gemachten Anfechtungsgrundes herausstellt, daß die Anfechtung des Rechtsgeschäfts mit Recht erfolgt sei, so hat allerdings die Anfechtungserklärung nach BGB. § 143 Abs. 1 als diejenige Rechtshandlung zu gelten, welche dem Rechtsgeschäfte die Wirksamkeit benommen hat (vgl. Mot. z. BGB. I, 220; Urt. des 7. ZS. des RG. vom 1. Mai 06, VII 400/05). Hiernach stand der Prüfung der Berechtigung der fraglichen Anfechtung seitens des Berufungsgerichts der Umstand nicht entgegen, daß der Beklagte diese Anfechtung nur einredeweise und, ohne sich auf ein dieselbe als berechtigt anerkennendes gerichtliches Urteil berufen zu können, geltend gemacht hat. Das Berufungsgericht hat daher mit Unrecht von einer Prüfung der sachlichen Berechtigung der fraglichen Anfechtung auf Grund der von dem Beklagten hierfür vorgebrachten einzelnen Behauptungen abgesehen und mit Unrecht auch die hierüber erbotenen Beweise für unerheblich erklärt . . ."

595. Erfordernis deutlicher Erklärung des Willens, ein Rechtsgeschäft anzufechten (BGB. § 123). Urt. vom 30. Mai 08, V 407/07.

„Das Berufungsgericht hat das neue Vorbringen des Klägers in voriger Instanz dahin aufgefaßt, daß er durch die dem Beklagten zugeschriebene arglistige Täuschung über den Wert des Pfandgrundstücks zur Annahme der Hypothek an Erfüllungs Statt bestimmt und um den Ausfall der Hypothek geschädigt worden sei, und daß er die in erster Reihe als Kaufgeld beanspruchten 10000 ℳ hilfsweise als Schadensersatz aus unerlaubter Handlung beanspruche. Der Vorwurf einer Gesetzesverletzung und insbesondere einer rechtsirrigen Anwendung des § 527 ZPO. wird hierdurch nicht begründet. Die angebliche Tatsache, daß der Beklagte den Kläger durch arglistige Täuschung zur Annahme der Hypothek an Erfüllungs Statt bestimmt hat, machte dies Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern nur für den Kläger anfechtbar (BGB. § 123). Erst die Anfechtung konnte die Nichtigkeit herbeiführen (§ 142) und sie erforderte eine Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 143 Abs. 1). Die Erklärung bedurfte keiner besonderen Form; es genügte, wenn sich aus ihr der Wille des Erklärenden ergab, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft unwirksam sein oder nicht bestehen bleiben solle (vgl. RGZ. 48, 221 Nr. 47; 65, 88 Nr. 24). Sie konnte auch im gegenwärtigen Prozesse vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten abgegeben werden (vgl. RGZ. 48 S. 221, 222 Nr. 47; 49, 393 Nr. 99; 57, 362 Nr. 80), welcher letztere als Anfechtungsgegner gemäß dem § 123 Abs. 2 Satz 2 in Betracht kam. Aber sie mußte jenen Willen, das Rechtsgeschäft, die Annahme der Hypothek an Erfüllungs Statt, als unwirksam zu behandeln, nicht dabei stehen zu bleiben, unzweideutig zum Ausdruck bringen (vgl. GruchotsBeitr. 50 S. 892, 893, 909), und hieran war um so mehr festzuhalten, als der arglistig Getäuschte bei dem anfechtbaren Geschäft stehen bleiben und Schadensersatz verlangen kann (vgl. RGZ. 59 Nr. 46; 63, 112 Nr. 30; 66 S. 336, 337 Nr. 81). In der bloßen Geltendmachung der in Rede stehenden arglistigen Täuschung in der Vorinstanz hätte demnach zugleich die Anfechtung nur dann gefunden werden können, wenn der Zusammenhang ergab, daß damit die Beseitigung der Annahme der Hypothek an Erfüllungs Statt bezweckt war, wenn insbesondere im Zusammenhange damit dies Rechtsgeschäft als unwirksam oder hinfällig behandelt wurde. Dies aber trifft nicht zu. Die einzige vom Kläger aus dem behaupteten „Betruge" gezogene Folgerung ist durch die im Anschluß daran vorgetragene „Meinung" bezeichnet, sich wegen des Ausfalls der Hypothek an den Beklagten halten zu können. Und dies konnte nicht wohl anders verstanden werden, als es das Berufungsgericht verstanden hat, nämlich dahin: daß der Beklagte ihn, den Kläger, wegen des Ausfalles der Hypothek in der Zwangsversteigerung entschädigen müsse. Der Vorwurf, daß das Berufungsgericht hierbei ein anderes als das tatbestandsmäßige Vorbringen unterstelle, ist um so weniger gerechtfertigt, als das Erfüllungsinteresse des durch die behauptete arglistige Täuschung geschädigten Klägers gerade in dem an der Hypothek erlittenen Ausfalle bestehen würde. Wenn demgegenüber der Gedanke hätte zum Ausdruck gebracht werden sollen, die Annahme der Hypothek an Zahlungs Statt sei der arglistigen Täuschung wegen unwirksam, so hätte nicht auf den Ausfall der Hypothek (der übrigens ein vollständiger war) Gewicht gelegt werden können. Es wäre dann nicht gesagt worden, daß der Kläger sich wegen dieses Ausfalles, sondern daß er sich wegen des Kaufgeldes an den Beklagten halten werde. Allerdings ist es Sache des Richters, aus dem tatsächlichen Vorbringen der Parteien die rechtlichen Schlüsse zu ziehen und ist er dabei an die Rechtsausführungen der Parteien in keiner Weise gebunden. Die Nichtigkeit des durch eine arglistige Täuschung beeinflußten Rechtsgeschäfts ist aber, wie bemerkt, nicht eine Rechtsfolge dieser Täuschung, sondern erst die Folge einer darauf gegründeten Anfechtung, und dies ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die

lediglich vom Willen der Partei abhängt und von ihr ausgehen muß. An ihr fehlt es, wie dargelegt, hier. ..."

596. Durch einen anderen hergestellte Namensschrift auf dem Wechsel (WO. Art. 4; BGB. § 126). Urt. vom 11. Juli 08, V 545/07.

„... Nach den von der Revision herangezogenen Urteilen des 1. ZS. (RGZ. 50 Nr. 14; 58 Nr. 99) ist dem Erfordernis der Schriftform gemäß dem in dieser Beziehung auch auf dem Gebiete des Wechselrechts maßgebenden § 126 BGB. dadurch genügt, daß ein bevollmächtigter Vertreter den Namen des Vertretenen als Akzept auf den Wechsel gesetzt hat, während eine eigenhändige Unterschrift des Ausstellers i. S. des § 126 nicht vorliegt, wenn sich der durch das Akzept Bezeichnete zu dessen Herstellung lediglich einer fremden Hand als Schreibhilfe bedient hat. Der Senat hat keine ausreichende Veranlassung gefunden, sich auf einen hiervon abweichenden Standpunkt zu stellen ..."

597. Berücksichtigung von Tatsachen, die nach dem Vertragsschluß eingetreten sind, bei der Prüfung, ob ein Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten verstößt (BGB. § 138). Urt. vom 30. Juni 08, II 75/08.

„... Übrigens ist die Rüge einer Verletzung des materiellen Rechts wenigstens zum Teil beachtlich. In den Erwägungen des Berufungsgerichts kann ein Ausspruch der rechtlichen Auffassung gefunden werden, ein zeitlich unbeschränktes Konkurrenzverbot verstoße auch dann gegen die guten Sitten, wenn es infolge von Veränderungen in den persönlichen und Vermögensverhältnissen des Verpflichteten, die nach dem Vertragsschlusse eintraten und bei seinem Abschlusse nicht einmal voraussehbar waren, erst nach dem Abschlusse des Vertrags die Betätigung der persönlichen Freiheit des Verpflichteten unangemessen beeinträchtige — eine solche Gestaltung sei in ihren rechtlichen Wirkungen zum mindesten einer nachfolgenden Unmöglichkeit der Erfüllung gleichzustellen. — Der erkennende Senat vermöchte einer solchen rechtlichen Auffassung in der dargelegten abstrakten Allgemeinheit nicht beizutreten. Für die Beurteilung, ob ein Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten verstoße, sind grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgebend. Änderungen dieser Verhältnisse nach dem Vertragsschlusse können indes unter zwei Gesichtspunkten für jene Beurteilung beachtlich sein — einmal, wenn das Konkurrenzverbot die durch jene Änderungen geschaffene Sachlage gleichfalls umfaßt, diese Sachlage sonach nach dem Willen der Parteien schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses miterfaßt werden sollte —, dann aber, wenn durch jene Änderungen Erfahrungstatsachen des Lebens, die bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bekannt waren, lediglich bestätigt werden, da die Parteien verständigerweise mit solchen Erfahrungstatsachen zur Zeit des Vertragsabschlusses rechneten. — Unter dem ersten Gesichtspunkt könnte im gegebenen Falle die Verschlechterung in der Vermögenslage des Beklagten mit der dadurch gegebenen Notwendigkeit, seinen Lebensunterhalt in der untergeordneten Stellung eines Gehilfen zu erwerben, gebracht werden, wenn das Konkurrenzverbot nach dem Willen der Parteien, wie das Berufungsgericht annimmt, auch den Fall umfaßt, daß der Beklagte als Gehilfe in einem Verlage von pädagogischen Schriften und Schulbüchern tätig werde. Unter den zweiten Gesichtspunkt könnte ferner unter Umständen das Vorbringen des Beklagten gebracht werden, ein Mann in Mitte der fünfziger Jahre, der nur in den Verlag pädagogischer Schriften und Schulbücher eingearbeitet ist und darin seinen Lebensberuf gefunden hatte, könne schon wegen seines vorgeschrittenen Alters, in dem an sich ein Einarbeiten in andere Zweige des Verlagsgeschäfts oder in das Sortimentsgeschäft sehr schwer sein werde, nach menschlicher Voraussicht überhaupt nur noch eine entsprechend bezahlte Stelle in einem pädagogischen und Schulbücherverlag finden, nicht aber in einem anderen Zweige des Verlagsgeschäfts oder in einer Sortimentsbuch-

handlung — eine Erfahrungstatsache, die sich auch bei dem Beklagten bestätigt habe. — Die dargelegten rechtlichen Gesichtspunkte sind vom Berufungsgerichte bei seiner erneuten Beurteilung zu berücksichtigen ..."

598. Zuwiderhandeln gegen ein Konkurrenzverbot (BGB. § 157). Urt. vom 29. Juni 08, I 680/07.

„Der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden. Vor allem handelt es sich darum, den Umfang des Konkurrenzverbotes richtig abzugrenzen. Mit vollem Recht nimmt das Oberlandesgericht an, daß die Frage durch eine bloße Wortinterpretation des Vertrages vom 20. Mai 1901 nicht beantwortet werden kann. Der § 10 ist ungeschickt gefaßt. Nach den Worten ‚oder auch nur' erwartet man eine Steigerung des Verbotes, während, wenn man die Wendung ‚in keiner Weise, wie es auch sei' in ihrem nächstliegenden Sinne versteht, eine Abschwächung damit eingeleitet wird. Auch aus den §§ 3 und 11 läßt sich eine wesentliche Förderung des Verständnisses nicht gewinnen. Es kann daher nur gebilligt werden, wenn das Oberlandesgericht sich bestrebt, die allgemeinen Regeln über die Auslegung derartiger Klauseln in den Vordergrund zu stellen. Allein in der Art und Weise, wie es dies tut, ist ihm nicht beizutreten. Allerdings wird ein Versprechen, sich an fremden Geschäften nicht zu beteiligen, vom erkennenden Senat in ständiger Rechtsprechung dahin ausgelegt, daß eine fortgesetzte, wenn auch unentgeltliche Tätigkeit untersagt ist (RGZ. 40, 97; SächsArch. 98, 118; JW. 06, 736 Nr. 4; 07, 20 Nr. 23). Ebenso hat der 3. ZS. des RG. bei einem Verbot, für ein Konkurrenzgeschäft tätig zu werden, eine fortgesetzte oder sonst erhebliche Tätigkeit erfordert (JW. 06, 34 Nr. 44). Im vorliegenden Fall kommen hierfür auch die Höhe der bedungenen Strafe und die gewählten Beispiele (Eintritt als stiller oder offener Teilhaber) in Betracht, insofern es auch damit nicht im Einklang stände, wollte man die Strafe wegen einer vereinzelten Konkurrenzhandlung unerheblicher Art für verwirkt erklären. Aber so gewiß dies anerkannt werden muß, so bestimmt ist auf der anderen Seite daran festzuhalten, daß der Beklagte, wenn er fortgesetzt oder sonst erheblich für P. tätig geworden ist, den Vertrag gebrochen hat. Die anderweite Voraussetzung, die das Oberlandesgericht noch hinzufügt, ist willkürlich. Das Oberlandesgericht stellt die Entscheidung darauf ab, ob P. ohne die Hilfe des Beklagten nicht imstande gewesen wäre, ein Geschäft zu gründen und zu betreiben, und ob er infolge des Umfangs der Hilfe dem Beklagten gegenüber die Selbständigkeit und Unabhängigkeit verloren hat. Es ist nicht ersichtlich, was es rechtfertigen könnte, das Konkurrenzverbot in dieser Weise einzuschränken.

Der rechtsirrige Ausgangspunkt hat die Entscheidung zuungunsten der Klage beeinflußt. Nach den Einzelfeststellungen des Oberlandesgerichts hat der Beklagte den P. finanziell durch Stundung der Miete und Gewährung von Darlehen unterstützt; bei einer Verhandlung P.s mit dem Vertreter der B.schen Eisenwerke hat er mit den Worten eingegriffen: ‚Sie müssen Herrn P. entgegenkommen und ihm Kredit geben, er ist noch ein junger Anfänger, hat aber gute Aussichten', er hat für P. an das Werk T. Geschäftsbriefe verfaßt, worin es sich um ziemlich umfangreiche Bestellungen handelte; er hat hier und da Kataloge von Lieferanten besorgt, Bestellungen gemacht und entgegengenommen, Zahlungen in Empfang genommen, die Arbeiten der Leute beaufsichtigt, mitunter auch Anweisungen erteilt und an den Verhandlungen P.s mit den Lieferanten teilgenommen. Das Schlußresümee des Oberlandesgerichts lautet wörtlich: ‚Die Tätigkeit des Beklagten im Geschäfte des P. ist eine umfangreiche und vielseitige gewesen, hat sich auch verhältnismäßig lange fortgesetzt und es läßt sich nicht leugnen, daß die Unterstützung, die er dem P. hat zuteil werden lassen, eine recht wesentliche gewesen ist und demselben viele geschäftliche Vorteile verschafft und den Beginn seines Geschäftes in erheblicher Weise erleichtert haben muß.' Bei diesem Sachverhalt durfte die Klage nicht abgewiesen werden. ..."

599. Verzichtet eine Versicherungsgesellschaft dadurch, daß sie vorbehaltlos mehrere verspätete Prämienzahlungen annimmt, auf das Recht, in einem neuen Verzugsfall eine Vertragsbestimmung geltend zu machen, wonach die Rechte des Versicherten bis zur Zahlung ruhen? (BGB. § 157). Urt. vom 7. Juli 08, VII 441/07.

„Die Revision beschwert sich darüber, daß der Berufungsrichter die Behauptung des Klägers nicht genügend gewürdigt habe, er habe seit 1896 die Jahresprämie stets verspätet gezahlt, ohne auf die Folgen der Verspätung seitens der Beklagten aufmerksam gemacht worden zu sein. Dieser Vorwurf ist ungerechtfertigt, da die Behauptung nicht geeignet ist, die vom Berufungsrichter aus der um einen Monat verspätet erfolgten Zahlung der am 7. Juli 1904 fällig gewesenen Jahresprämie gezogene Folgerung zu beseitigen, zur Zeit des am 15. Juni 1904 erfolgten Unfalls habe die Versicherung gemäß dem § 4 der allgemeinen Versicherungsbedingungen geruht und es bestehe deshalb für die Beklagte keine Entschädigungspflicht. Ein Verzicht der Beklagten auf die Geltendmachung des § 4 oder eine Verletzung von Treu und Glauben durch diese Geltendmachung läßt sich aus dem Sachverhalt nicht entnehmen. Der erkennende Senat tritt in dieser Beziehung den vom Berufungsrichter gebilligten Ausführungen des Urteils des Landgerichts bei. Danach ist die Rechtslage die folgende:

Nach dem § 4 standen der Beklagten bei Zahlungsweigerung des Versicherungsnehmers zwei Mittel zu Gebote; sie konnte gegen ihn sofort nach Fälligkeit der Prämie Klage auf Zahlung erheben oder sie konnte auf den Säumigen den mittelbaren Zwang wirken lassen, der in dem Ruhen der Rechte des Versicherungsnehmers aus dem Vertrage, nicht auch seiner Pflichten, während des Verzuges bestand. Aus der Tatsache, daß er früher unpünktlich gezahlt und die Beklagte die verspäteten Zahlungen ohne Weiterungen angenommen hatte, konnte der Kläger allerdings nach Treu und Glauben die Erwartung entnehmen, daß die Beklagte auch künftig bei Zahlungsverzug das gleiche Verfahren beobachten, also nicht sofort mit Klage gegen ihn vorgehen werde. Dagegen würde eine andere Folgerung, insbesondere die, daß sie von dem in § 4 bestimmten Ruhen der Rechte des Klägers künftig keinen Gebrauch machen werde, gegenüber der klaren Vorschrift des § 4 durch nichts gerechtfertigt sein. Wenn die Beklagte in den früheren Jahren das durch den Zahlungsverzug auch damals eingetretene Ruhen der Rechte des Klägers nicht geltend gemacht hat, so liegt dies daran, daß sie zu einer solchen Geltendmachung keinen Anlaß hatte, weil damals während der Dauer des Zahlungsverzuges unter die Versicherung fallende Unfälle nicht erfolgt, Entschädigungsansprüche des Klägers also nicht entstanden waren. Eines Hinweises des Klägers durch die Beklagte auf die Folgen der Zahlungssäumnis bedurfte es nicht, da diese Folgen sich klar aus dem § 4 ergeben, dessen Inhalt dem Kläger bekannt sein mußte. Aus dem Fehlen dieses Hinweises konnte ein Schluß nicht gezogen werden, daß damals die Beklagte auf die Geltendmachung des § 4 verzichte, geschweige denn, daß sie in Zukunft auf sie verzichten wolle. Der vom Kläger in Bezug genommene, durch das Urteil des erkennenden Senats vom 18. April 1905 (JW. 05, 403 Nr. 31) erledigte Rechtsstreit lag im wesentlichen Punkt anders als der jetzige. In jenem Fall trat nach dem Versicherungsvertrage bei Zahlungssäumnis des Versicherten nicht ein Ruhen seiner Rechte, sondern ein Erlöschen des Versicherungsvertrages und damit aller Ansprüche des Versicherten auf die Lebensversicherungssumme ein; wenn dessenungeachtet die Gesellschaft regelmäßig verspätete Zahlungen ohne Rüge annahm und die Versicherung als fortdauernd behandelte, so zeigte sie damit, daß sie von der Erlöschungsklausel keinen Gebrauch machen wollte. Im vorliegenden Fall aber bedurfte es bei der Annahme der verspäteten Zahlungen seitens der Beklagten eines Vorbehalts nicht, da ihr nach § 4 ein klagbares Recht auf diese Zahlungen zustand. Als ‚rechtzeitige' Zahlungen hat sie diese durch die Annahme nicht anerkannt ..."

600. Verletzung von Treu und Glauben durch ein Vorstandsmitglied einer Gesellschaft, deren Vorstand Kollektivvollmacht hat (BGB. §§ 278, 157, 242). Urt. vom 30. Mai 08, V 493/07.

„. . . Die Revision glaubt zwar einen Angriff daraus herleiten zu können, daß bei den erwähnten Verhandlungen nicht die beiden, zusammen zur Vertretung der Beklagten berechtigten Vorstandsmitglieder mitgewirkt haben, vielmehr Direktor S. allein tätig gewesen ist. Dabei ist indessen übersehen, daß es sich hier nicht um Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, sondern um Wahrung von Treu und Glauben handelt. Wie das RG. bereits wiederholt ausgesprochen hat, genügt in letzterer Hinsicht auch im Falle einer Kollektivvertretung der Verstoß gegen Treu und Glauben in der Person eines Vertreters, um die vertretene Person für die daraus entspringenden Rechtsfolgen verbindlich zu machen (vgl. das Urt. des RG. vom 5. Nov. 92, SchlHolstAnz. 93, 314) . . ."

601. Zustandekommen von Kaufverträgen, obwohl der Käufer mit dem Vertreter des Verkäufers vereinbart hat, daß die Verkäufe nur zum Schein erfolgen (BGB. §§ 166 Abs. 1, 117). Urt. vom 5. Juni 08, II 44/08).

„. . . Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte habe der Klägerin als Käufer für die Bezahlung der von der Klägerin in das Geschäft zu K. gelieferten Waren aufzukommen. Der Beklagte hatte gegen eine solche Auffassung eingewendet: seine wirkliche Tätigkeit habe nur darin bestanden, daß er ‚Mitteilungen' an S. über den Bedarf des dem letzteren gehörenden Geschäftes in K. machte. Nur zum Scheine, im Einverständnisse mit S., habe er diese Mitteilungen in die Form von Kaufanträgen an die Firma B. H. gekleidet und habe er auch die Lieferungen letzterer als Lieferungen an ihn entgegengenommen. S., der Vertreter der gedachten Firma, habe indes seinen Willen gekannt, nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des S. zu handeln und diese Willenserklärungen abzugeben. Mit dem Einverständnisse des S. habe er nur zum Scheine erklärt, in eigenem Namen die Waren zu bestellen und sie als ihm verkauft anzunehmen. Nach BGB. § 166 Abs. 1 komme für seine — des Beklagten — rechtlichen Verhältnisse zur Firma B. H. nur diese Kenntnis ihres Vertreters in Betracht.

Das Berufungsgericht hat diese Einwendungen mit der Erwägung beseitigt: Der Beklagte und S. hätten in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken es darauf angelegt gehabt, daß der Inhaber der Firma B. H. der Meinung war, der Beklagte sei Besteller der Ware in eigenem Namen und erhalte auch die Ware für sich — BGB. § 164 Abs. 2 greife daher an sich Platz. Der Umstand, daß S. den wirklichen Willen des Beklagten kannte, sei unerheblich, denn M., der damalige Inhaber der Firma B. H., habe den Beklagten als Kunden betrachtet, die Geschäftsverbindung mit ihm genehmigt und fortgesetzt. Wenn M. auch zu einem überwiegenden Teile die Leitung seines Geschäftes seinem ersten Angestellten S. überließ, so sei dieser doch nach wie vor sein Angestellter geblieben und sei deshalb keineswegs sein Wille für die Beurteilung der Wirksamkeit der Annahme der Bestellungen allein maßgebend gewesen. Maßgebend sei vielmehr allein der Wille des Prinzipals geblieben, dem gegenüber S. die Bestellungen des Beklagten in dessen Einverständnisse als der Firma gegenüber erfolgt behandelt und der sie als solche genehmigt habe.

Die Revisionsbegründung bekämpft diese Ausführungen; sie hebt insbesondere hervor, daß S. nicht bloß Angestellter, sondern Handelsbevollmächtigter des M. als Inhabers der Firma B. H. war und daß der freie Abschluß solcher Lieferungen in den Rahmen seiner Vollmacht gefallen, er also auch ‚Vertreter' gewesen sei. Die Kenntnis des S. sei daher entscheidend für die Frage, ob der Beklagte in fremdem Namen handelte — und zwar sowohl

für den Abschluß als für die Erfüllung der Verträge —. Diese Angriffe sind indes nicht gerechtfertigt. Die Anwendung des in BGB. § 166 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes, wonach nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis gewisser Umstände beeinflußt werden, ist für den Fall ausgeschlossen, wenn im bewußten Zusammenwirken des Vertreters und des nach außen als Vertragsgegner auftretenden Dritten dem Vertretenen die Kenntnis des Willensmangels — hier des Scheingeschäfts —, sowie die Kenntnis, daß der als Vertragsgegner auftretende Dritte im Namen eines anderen — hier des Vertreters — handele, verheimlicht und darum nach dem Willen des Vertragsgegners und des Vertreters dem Vertretenen gegenüber das Geschäft als frei von dem Willensmangel des Scheines und als in Wirklichkeit mit dem Vertragsgegner abgeschlossen erscheinen sollte. In einem Falle dieser Art kann jedenfalls dann, wenn der Vertretene dadurch zu Leistungen veranlaßt ist und nun seinerseits Erfüllung beansprucht, von dem nach außen als Vertragsgegner auftretenden Dritten nur der Inhalt des Rechtsgeschäfts, wie er nach seinem eigenen Willen dem Vertretenen kundgegeben werden sollte, gegen den Vertretenen angerufen werden, es sei denn, daß auch der Vertretene Kenntnis der wahren Sachlage hatte. — Von dieser Grundlage aus haftet der Beklagte als Käufer ..."

602. **1. Genehmigung eines ohne Ermächtigung nach BGB. § 181 geschlossenen Vertrages (BGB. § 181). 2. Berücksichtigung von Tatsachen, die nicht durch Urkunden belegt sind, im Wechselprozeß** (ZPO. § 592). Urt. vom 11. Juli 08, I 132/08.

„... Da die Parteien darüber einig sind, daß der Genehmigungsbeschluß erging, würde die durch eine Urkunde nicht belegte Tatsache auch im Wechselprozeß berücksichtigt werden können (RGZ. 12, 133; 30, 408) ...

Außerdem aber wird der § 181 BGB. von dem Beklagten mißverstanden. Wie der jetzt erkennende Senat schon in dem Urt. vom 4. Nov. 03 (RGZ. 56, 104) dargelegt hat, ist ein nach dieser Gesetzesvorschrift unwirksamer Vertrag nicht schlechthin nichtig, sondern kann genehmigt werden. An dieser Auffassung, der inzwischen auch der 5. ZS. unter Aufgabe einer abweichenden Meinung beigetreten ist (ebenda 67, 51; vgl. 51, 426), ist festzuhalten ..."

603. **Ursächlicher Zusammenhang zwischen einer körperlichen Verletzung und der Verschlimmerung eines Nervenleidens des Verletzten, die infolge der Aufregung des Schädenprozesses eintritt** (BGB. § 249). Urt. vom 19. Juni 08, III 553/07.

„... Übereinstimmend mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts nach dem früheren Rechte (vgl. RGZ. 10, 51) ist auch nach dem Rechte des BGB. davon auszugehen, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen einem bestimmten, zu vertretenden Ereignisse und einem schädlichen Erfolge im Rechtssinne zunächst voraussetzt, daß ein ursächlicher Zusammenhang im natürlichen Sinne zwischen beiden vorliege, d. h. daß der Schaden ohne das Ereignis nicht eingetreten wäre, daß aber hierzu noch die Erfüllung eines weiteren Erfordernisses treten muß, daß es sich nicht um rein zufällige Folgen handeln darf, die für die Entstehung des Schadens an sich ganz ohne Bedeutung geblieben wären, auch wenn sie im gegebenen Falle infolge einer Verkettung der Umstände durch das ursprüngliche schadenbringende Ereignis ermöglicht worden sind. Dieses Erfordernis läßt sich aber in einer die beiderseitigen Interessen gleichmäßig berücksichtigenden Weise nur dahin feststellen, daß der nur mittelbar eingetretene Erfolg nicht in einem so entfernten Zusammenhange mit dem ursprünglichen Ereignisse stehen darf, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann. Auch ihm ist aber nach dem vom Berufungsgerichte festgestellten Sachverhältnisse hier genügt. Die

Darlegungen des angefochtenen Urteils sind in dieser Beziehung dahin aufzufassen, daß das Berufungsgericht als erwiesen ansieht, daß durch den Unfall neben der akuten körperlichen Verletzung der Klägerin auch ein Nervenleiden bei ihr verursacht und daß dieses dann durch die Aufregungen des Rechtsstreits, durch die bedrängte Vermögenslage, in die sie durch die Verweigerung des von ihr geforderten Schadensersatzes von seiten der Beklagten versetzt sei, noch erheblich gesteigert worden sei. Demgemäß lag die Sache so, daß durch den Unfall der Schadensersatzanspruch der Klägerin und durch die Weigerung der Beklagten, diesem zu genügen, der Rechtsstreit über den Anspruch verursacht worden ist, daß dies aber wieder eine beträchtliche Verschlimmerung des zunächst durch den Unfall hervorgerufenen Nervenleidens der Klägerin zur Folge gehabt hat. Daß die Möglichkeit des Eintritts dieser Folge aber so fern gelegen hätte, daß sie nach der Auffassung des Lebens als Folge vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden könnte, läßt sich nicht behaupten, wenn auch in Fällen der hier vorliegenden Art, wie anerkannt werden muß, die Frage des ursächlichen Zusammenhanges mit ganz besonderer Sorgfalt geprüft werden muß. Wird sie aber bejaht, so handelt es sich dabei nicht, wie die Revision auszuführen gesucht hat, um eine Art von Prozeßstrafe dahin, daß die Beklagten deshalb einen höheren Schadensersatz an die Klägerin zu leisten hätten, weil sie es auf den Rechtsstreit mit ihr hätten ankommen lassen. Denn bei einem andern Anspruche, der auf einem in sich abgeschlossenen Tatbestande beruht, ist die Notwendigkeit der Führung eines Rechtsstreits zu dessen Durchsetzung, abgesehen von den etwaigen Folgen des Verzuges, ohne Einfluß auf die Gestaltung des Anspruchs selbst. Bei dem auf eine körperliche Verletzung gegründeten Anspruche aber kann die Zwangslage, in welche die Partei durch die Weigerung des Schadensersatzpflichtigen gesetzt wird, den Anspruch erst im Rechtswege zu verfolgen, in der Tat vermöge der eigentümlichen Beschaffenheit des ursprünglichen, den Schadensersatzanspruch erzeugenden Umstandes den Erfolg haben, die schädliche Wirkung dieser Ursache zu vergrößern. Dem Schadensersatzpflichtigen ist daher zwar auch in einem solchen Falle vom Standpunkte des Rechts aus kein Vorwurf zu machen, wenn er es auf den Rechtsstreit mit dem Berechtigten ankommen läßt, aber er tut dies insoweit auf seine Gefahr.

Die Revision hat sich freilich noch auf das Urt. des 6. ZS. des RG. vom 5. März 06, VI 428/05, berufen, worin in einem ähnlichen Falle ausgesprochen worden ist, die Einwirkung des Rechtsstreits auf das Leiden der damaligen Klägerin in der Richtung einer Verschlimmerung sei nicht einmal als mittelbare Folge der unerlaubten Handlung des Beklagten anzusehen. Der Schaden habe insoweit seine Ursache in besonderen Umständen, die in der Persönlichkeit der Klägerin, ihrer gesteigerten körperlichen oder seelischen Empfindlichkeit gegenüber den mit der Führung des Rechtsstreits verknüpften Eindrücken gelegen hätten, oder die, wenn sie auch nicht bloß individueller Natur sein möchten, doch als selbständige, von dem Unfalle der Klägerin unabhängige Ursache in Betracht kämen. Durch einen solchen bloß äußerlichen, tatsächlichen Zusammenhang werde die innere Beziehung zwischen dem Verschulden des Beklagten und dem Schaden, wie sie auch in den Vorschriften des PrALR. (vgl. §§ 8, 10, 11, 13 I 3; RGZ. 42, 291 ff.) immerhin vorausgesetzt werde, noch nicht hergestellt; ein adäquater Kausalzusammenhang sei damit noch nicht begründet, daß der vom Beklagten zu vertretende Unfall den Anlaß zu dem späteren Rechtsstreite gegeben habe. Dieser Ausführung, die wesentlich beeinflußt erscheint von der Rümelinschen Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs von dem Standpunkte der ‚nachträglichen objektiven Prognose' im ArchZivPrax. 90, 256 ff., kann nicht beigetreten werden, weil sie auf einem lediglich der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassenen Gebiete zu keinem befriedigenden Ergebnisse führt.

Der Einholung einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate bedarf es jedoch, auch abgesehen davon, daß jenes Urteil noch nach dem PrALR. er-

gangen ist, deshalb nicht, weil der 6. ZS. selbst an jener seiner Ansicht nicht festgehalten hat. Denn in seinem Urt. vom 8. Okt. 06 in Sachen der Gr. B. Str. wider K., VI 31/06, worin es sich darum handelte, daß der ursprüngliche Kläger und Vater des späteren Klägers — er hatte im Laufe des Rechtsstreits durch Selbstmord geendet — infolge eines im Betriebe der Straßenbahn erlittenen Unfalls eine traumatische Neurasthenie, eine Schwächung des Nervensystems und damit — nach den Feststellungen des Berufungsgerichts — eine Schwächung der Widerstandskraft im Kampfe mit den ungünstigen Bedingungen des Lebens davongetragen hatte, findet sich zunächst eine Darlegung der entscheidenden Begründung des Berufungsurteils dahin: Vermögenssorgen infolge der Herabsetzung der Arbeitskraft hätten das ohnehin geschwächte Nervensystem des Klägers weiter und dauernd erschüttert; dazu seien noch die Aufregungen des Prozesses getreten, den er gegen die Beklagte wegen Verlustes oder Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit geführt habe; jene sowohl wie diese seien ebenfalls durch den Unfall und nur durch ihn verursacht worden. Die Beklagte sei daher für den schädlichen Erfolg dieser drei Ereignisse verantwortlich; sie hätten zu dem unter Ausschluß der freien Willensbestimmung begangenen Selbstmorde des ursprünglichen Klägers geführt. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts entgegenzutreten — so erklärt der 6. Senat ausdrücklich — liege keine Veranlassung vor, und er bemerkt dazu: Die durch den Unfall hervorgerufene Schwächung des Nervensystems bei dem ursprünglichen Kläger sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nach Hinzutritt gewisser anderer Ereignisse eine so hochgradige gewesen, daß sie ihm die Widerstandskraft geraubt habe und in dem Gefühle, den äußeren Umständen gegenüber ohnmächtig zu sein, habe er den Entschluß zum Selbstmorde gefaßt. Und weiterhin wird dargelegt: Immerhin sei auch bei solcher Sachlage die Frage aufzuwerfen, ob die Beklagte für diese entfernte Folge des Unfalls verantwortlich gemacht werden könne. Allein es lasse sich nicht sagen, daß der Unfall und die durch ihn hervorgerufene Schwächung des Nervensystems gegenüber den auf dieses ebenfalls nachteilig wirkenden weiteren Ereignissen so sehr zurückträten, daß von einer adäquaten Ursache nicht mehr gesprochen werden könne . . ."

604. Wann wirkt eine vorher bestehende Erkrankung zu der durch einen Unfall herbeigeführten körperlichen Beschädigung mit? (BGB. § 249). Urt. vom 7. Juli 08, VII 412/07.

„Nach § 1 der allgemeinen Versicherungsbedingungen versichert die beklagte Gesellschaft ‚gegen die Folgen körperlicher Beschädigungen, von denen der Versicherte durch äußere gewaltsame Veranlassung, plötzlich und unabhängig von seinem Willen betroffen wird, insofern durch die körperliche Beschädigung allein, ohne Mitwirkung anderer Umstände, der Tod oder eine . . . Erwerbsunfähigkeit verursacht worden ist'. Der Berufungsrichter sieht als erwiesen an, daß Kläger schon vor dem 26. Juni 1902 an Arterienverkalkung in vorgerücktem Stadium und an einem Herzfehler gelitten hat, daß aber durch diese Leiden damals die Erwerbsfähigkeit des Klägers nicht beschränkt gewesen, daß vielmehr das Nervenleiden, das die Erwerbsunfähigkeit des Klägers herbeigeführt hat, erst durch das Herabfallen der Papptafel auf den Kopf des Klägers zum Ausbruch gekommen ist. Der Berufungsrichter erwägt, daß die Arterienverkalkung und der Herzfehler, trotzdem die Gutachter Dr. S. und Dr. M. es für wahrscheinlich bezeichnet hätten, daß diese Leiden einen wesentlichen und sogar einen überwiegenden ursächlichen Anteil an dem klägerischen Nervenleiden hätten, deshalb als ursächliche Faktoren für die Erwerbsunfähigkeit auszuscheiden hätten, weil nicht abzusehen sei, wann sie in ihrem Verlauf ohne das Ereignis vom 26. Juni 1902 die Erwerbsunfähigkeit des Klägers zur Folge gehabt haben würden. Durch diese Leiden sei nur die Widerstandskraft des Körpers gemindert worden, ein mitwirkender Umstand i. S. des § 1

der Versicherungsbedingungen seien sie nicht. Gegen diese Auffassung des Berufungsrichters richtet sich vor allem die Revision der Beklagten, der der Erfolg nicht zu versagen ist, denn der Berufungsrichter wird dem im § 1 zum Ausdruck gebrachten Vertragswillen der beklagten Gesellschaft, nur für solche Nachteile haften zu wollen, die die alleinige, durch andere Umstände nicht beeinflußte Folge des Unfallereignisses sind, nicht gerecht. Zu Unrecht glaubt er sich für seine Ansicht auf die vom Reichsgericht neuerdings ausgesprochenen Grundsätze berufen zu können.

Wie in dem Urt. des erkennenden Senats vom 17. März 08 — abgedruckt in der JW. 08, 346 ff. — ausgeführt ist, steht die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts hinsichtlich der Frage, unter welchen Umständen eine durch die körperliche Beschädigung allein verursachte Erwerbsunfähigkeit anzunehmen ist, auf dem Standpunkt, daß die Entscheidung nach Lage des einzelnen Falles zu treffen ist. Einerseits dürfen hierbei die Versicherungsbedingungen nicht ihrem strengen Wortlaut nach dahin aufgefaßt werden, daß schon jede allmählich nach dem natürlichen Verlauf der Dinge, z. B. infolge Alters eintretende größere Empfänglichkeit des Körpers für die nachteiligen Einwirkungen des Unfalls als ein mitwirkender Umstand im Sinne dieser Vertragsbestimmungen zu gelten hat, da dies zu einer mit dem Versicherungszweck unvereinbaren Einschränkung der Haftpflicht führen würde. Andererseits darf aber in Fällen, in denen bereits vor dem Unfall eine krankhafte Veränderung des Körpers des Versicherten gegeben war, ohne die das fragliche Ereignis die Erwerbsunfähigkeit überhaupt nicht zur Folge gehabt haben würde, eine alleinige Verursachung durch dieses Ereignis nicht angenommen werden; denn eine solche Annahme würde auf eine völlige Beseitigung der vertragsmäßig für die Haftung der Versicherungsgesellschaft gezogenen Grenzen hinauslaufen. Die Mitwirkung einer bestehenden Erkrankung darf nicht schon deshalb verneint werden, weil nicht mit Sicherheit abzusehen ist, wann sie für sich auch ohne das als Unfall geltend gemachte Ereignis die Erwerbsunfähigkeit herbeigeführt haben würde. Steht fest, daß ohne das Vorhandensein der Erkrankung der Unfall eine schädigende Folge überhaupt nicht gehabt haben würde, so kann eine Mitwirkung der Erkrankung an der Verursachung der Erwerbsunfähigkeit keinesfalls verneint werden. Daß etwa vorliegend nach dem Wortlaut der Versicherungsbedingungen der Beklagten eine andere Auffassung gerechtfertigt wäre, hat der Berufungsrichter nicht nachzuweisen versucht, ist aber auch nicht anzunehmen. Hiernach beruht das angefochtene Urteil auf einer unzutreffenden Auffassung des in § 1 niedergelegten Vertragswillens und auf einer Verkennung des Begriffs der alleinigen Verursachung im Sinne dieser Bestimmung. Das Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . ."

605. Haftung aus einer Auskunft, die wegen eines Kredits bestimmter Höhe erbeten und erteilt ist (BGB. §§ 249, 826). Urt. vom 1. Juni 08, VI 537/07.

„. . . Die Rüge einer Verletzung des BGB. § 133 ist nicht begründet. Die Auslegung des Auskunftschreibens, welche das Berufungsgericht zugrunde legt, ist an sich nicht unzulässig. Entsprechend dem Zwecke der von der Klägerin gestellten Anfrage, ob ein Warenkredit in Höhe von 4—5000 ℳ gerechtfertigt sei, kann die Auskunft in dem beschränkten Sinne zu verstehen sein, daß aus den beigefügten Gründen ein Kredit bis zum Betrage von 5000 ℳ unbedenklich gewährt werden könne. Damit wäre freilich eine weitergehende Schadensersatzpflicht des Beklagten noch nicht unbedingt ausgeschlossen. Der Revision ist grundsätzlich darin beizustimmen, daß es für die Schadensersatzpflicht aus BGB. § 826 nicht darauf ankommt, ob der Täter die Höhe des Schadens vorausgesehen hat. Es genügt das Bewußtsein des Handelnden, daß sein Tun

dem andern zum Schaden gereichen werde oder doch gereichen könne, um ihn für den ganzen durch die Handlung wirklich verursachten Schaden verantwortlich zu machen. Indes wenn auch die Ausführungen des Berufungsurteils, insoweit als von einer Begrenzung des ‚Vorsatzes' auf eine bestimmte Summe gesprochen wird, zu dem von der Revision erhobenen Bedenken Anlaß geben möchten, so wird doch die angefochtene Entscheidung durch die weitere Urteilsbegründung ausreichend getragen. Es sind hier allerdings verschiedene rechtliche Gesichtspunkte, ohne scharf auseinander gehalten zu sein, nebeneinander verwertet: außer dem subjektiven Tatbestandsmerkmale des Vorsatzes weiter die Ursächlichkeit der Handlung des Beklagten und auch die Wirkung eines eigenen Verschuldens der Klägerin. Der Schwerpunkt aber ist hier auf den Mangel der Kausalität der erteilten Auskunft bezüglich des weitergehenden Schadens zu legen und die Urteilsgründe dürfen in ihrem Zusammenhang unbedenklich dahin verstanden werden, daß es an dieser Voraussetzung der Schadensersatzpflicht hier fehlt. — Wenn die erbetene und erteilte Auskunft einen bestimmt limitierten Kredit betrifft und sich dann, wie auch dem Empfänger ersichtlich, auf den Betrag, um den es sich im gegebenen Falle handelt, beschränkt hat, so wird eben nach der Verkehrsanschauung in kaufmännischen Kreisen einer solchen Auskunft eine maßgebliche Bedeutung nur für die Kreditgewährung innerhalb der bezeichneten Grenze beigemessen werden und darüber hinaus der Auskunft oder ihrer Begründung für gewöhnlich keine Tragweite zugeschrieben werden können. Hat der Empfänger der Auskunft dann gleichwohl einen Kredit von erheblich größerem Umfange oder in späterer Zeit einen neuerlichen Kredit gewährt, so wird es zumeist an einem (adäquaten) Kausalzusammenhange zwischen dieser Kreditierung und der erteilten Auskunft fehlen, sofern diese an sich und der geschäftlichen Regel nach nicht geeignet war, jenen weitergehenden Erfolg herbeizuführen. Der Kreditgeber, der etwa im Hinsehen auf die früher erhaltene Auskunft ohne erneute Erkundigung sich zu weiterer Kreditgewährung herbeiläßt, handelt solchenfalls auf seine Gefahr und schafft damit eine selbständige, von dem Urheber jener Auskunft nicht mehr zu vertretende Kausalität (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 21. März 07, VI 370/06 in Sachen B. & H. gegen P.). Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den ihr durch die Kreditgewährung über den Betrag von 5000 ℳ hinaus entstandenen weiteren Schaden selbst verursacht, enthält zugleich die Feststellung, daß die Auskunftserteilung des Beklagten auch objektiv nicht in weiterem Umfange wirksam geworden ist. Der Heranziehung des BGB. § 254 bedurfte es dann gar nicht . . ."

606. Verschulden des Verletzten, der durch ein Verkehrshindernis aufgehalten wird, insofern er die Entwicklung der Dinge an einer gefährlichen Stelle abwartet (BGB. § 254; HaftpflG. § 1). Urt. vom 29. Juni 08, VI 515/07.

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Kläger, der, ein Fahrrad führend, auf dem Fahrdamm ging, auf das etwas erhöhte Bankett getreten, auf dem die Schienen der von der Beklagten betriebenen Straßenbahn laufen; er wollte einem ihm entgegenkommenden, mit Rüststangen beladenen Lastwagen ausweichen, der im Begriff war, in eine Seitenstraße einzubiegen. Die Rüststangen, die über das hintere Ende des Wagens hinausragten, hatten sich an einem auf dem Bankett stehenden Baum verfangen; als sie losgekommen waren, schlug eine davon gegen einen Trägermast, der von dem Baum sechs Schritt abstand, brach, traf den zwei Schritt von dem Mast entfernt stehenden Kläger und warf ihn gegen den Anhängewagen eines hinter ihm gerade vorüberfahrenden Straßenbahnzugs. Er geriet mit dem rechten Fuß unter die Räder und wurde schwer verletzt. Auf Grund des HaftpflG. fordert er Schadensersatz.

Das Berufungsgericht hat die Einrede der höheren Gewalt verworfen;

bei dem starken Straßenverkehr B.s und der angeschlossenen Vororte seien derartige Vorgänge nicht selten, der Unternehmer einer Straßenbahn müsse mit ihnen von vornherein rechnen und sie als mit dem Betrieb und seinen Gefahren in Zusammenhang stehend vertreten. Dagegen treffe den Kläger schon deswegen ein Verschulden, das bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt habe, weil er auf dem Bankett sich aufgehalten habe, ohne danach zu forschen, warum der Lastwagen nicht von der Stelle gekommen sei. Hiernach sei es gerechtfertigt, ihn den vierten Teil des Schadens selbst tragen zu lassen. Jenes kausale Verschulden würde aber noch größer sein, wenn, wie die Beklagte behaupte, der Kläger aber unter Annahme des ihm darüber zugeschobenen Eides bestreite, der Kläger gesehen haben sollte, daß bei dem Einbiegen des Wagens in die Seitenstraße die Rüststangen an einem Baum hängen geblieben seien; für diesen Fall müsse der Kläger ein weiteres Viertel des Schadens tragen. Aus diesen Gründen ist das Berufungsgericht dazu gelangt, die Klage wegen eines Viertels der Klagansprüche unbedingt abzuweisen und dem Kläger jenen Eid aufzuerlegen, bei dessen Leistung diese Ansprüche im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden sollen, während im Falle seiner Verweigerung dies nur wegen zwei Vierteilen geschehen und die Klage wegen eines weiteren Vierteils abgewiesen werden soll.

Die Revision der Beklagten beanstandet zunächst die Ausführungen, mit denen der Einwand der höheren Gewalt verworfen worden ist; in der Tat ist die Annahme nicht unbedenklich, daß es sich im vorliegenden Fall um ein nicht selten auftretendes Ereignis handele, mit dem die Beklagte von vornherein habe rechnen müssen. Höhere Gewalt ist aber schon deswegen ausgeschlossen, weil es sich für die Beklagte nicht um einen unabwendbaren Zufall handelte. Die ganze Sachlage weist darauf hin, daß der Wagenführer bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bemerkt haben würde, daß die Rüststangen an einem auf dem Bankett stehenden Baum hängen geblieben waren und bei dem Einbiegen des Lastwagens nach der Seitenstraße zu in den Bereich des Bahnkörpers kommen mußten. In einem solchen Falle aber mußte er langsam fahren, nach Befinden sogar den Zug halten lassen, bis die Stangen aus jenem Bereich gekommen waren. Dann wäre der Unfall nicht geschehen.

Was das Verschulden des Klägers anlangt, so bestreitet dessen Revision, daß ein solches überhaupt vorgelegen habe, während die Revision der Beklagten ausführt, daß es vom Berufungsgericht zu mild beurteilt worden sei. Weder dieser noch jener Angriff ist gerechtfertigt, vielmehr ist im wesentlichen den Ausführungen des Berufungsgerichts in dieser Beziehung beizutreten. Den Kläger trifft ein erhebliches Verschulden, daß er die weitere Entwicklung der Dinge an einer nicht ungefährlichen Stelle abwartete, ohne danach zu forschen, aus welchem Grunde der Lastwagen nicht von der Stelle kam, und dieses Verschulden würde noch größer sein, wenn der Kläger diesen Grund gekannt haben sollte. Der erkennende Senat würde kein Bedenken tragen, das Verschulden des Klägers noch höher einzuschätzen, als es das Berufungsgericht getan hat, wenn nicht zugunsten des Klägers die in dem oben erwähnten Verschulden des Wagenführers zu erblickende Erhöhung der Betriebsgefahr zu berücksichtigen wäre ..."

607. Aufspringen auf einen fahrenden Straßenbahnwagen. Versuch, auf einen eben anfahrenden Wagen, dessen Griff schon erfaßt ist, aufzusteigen (BGB. § 254 Abs. 2; HaftpflG. § 1). Urt. vom 1. Juni 08, VI 508/07.

"... Nach Maßgabe der gestellten Anträge handelt es sich jetzt allein um die Ersatzpflicht der beklagten Straßenbahngesellschaft auf Grund von HaftpflG. § 1. Die Beklagte hat behauptet, der Kläger habe den Unfall selbst verschuldet und ihre Revision wendet sich gegen die Beurteilung, welche die bezüglich dieser Einrede festgestellten Tatsachen gefunden haben.

Auf der Haltestelle G. kreuzen sich die von B. kommenden Züge mit den nach B. fahrenden. An der Haltestelle liegen die Geleise im Pflaster der öffentlichen Straße, weiterhin auf einem besonderen Bahnkörper, der gegen die Haltestelle durch eine Schranke abgesperrt ist. Der von B. mit dem Zuge kommende Kläger verließ an der Haltestelle den Wagen, um nachzusehen, ob in dem ebenda haltenden, nach B. fahrenden Zuge seine Frau sei. Als er sie nicht sah, wollte er seinen Wagen wieder besteigen. Es gelang ihm nicht, auf dem Trittbrett des Wagens Fuß zu fassen und nach kurzer Zeit ist er herabgefallen und überfahren. Die Beklagte hat nun behauptet, der Kläger sei dem bereits in Fahrt gesetzten Wagen nachgelaufen und habe jenseits der Absperrungsschranke noch aufspringen wollen; jedenfalls habe er auf den bereits fahrenden Motorwagen aufsteigen wollen. Damit habe er schuldvoll gehandelt. Der Kläger hat beides bestritten und seinerseits behauptet, er habe die Handgriffe des noch stehenden Wagens gefaßt, dann sei dieser aber mit einem Ruck plötzlich angefahren und dadurch sei er gehindert worden, auf dem Trittbrett Fuß zu fassen.

Das Berufungsgericht hat für bewiesen angesehen, daß der Kläger jenseits der Absperrungsschranke herabgefallen ist, während es nicht aufgeklärt sei, an welcher Stelle er unternommen habe, den Wagen zu besteigen. Habe der Kläger das außerhalb der Schranke getan, also an einer Stelle, wo der Wagen schon in rascher Fahrt gewesen sein müsse, so habe er sich einer gröblichen Unvorsichtigkeit schuldig gemacht und keinen Anspruch auf Entschädigung. Darum sei auf den, von der Beklagten über diese Tatsache dem Kläger zugeschobenen Eid erkannt und an seine Ableistung oder Verweigerung die erwähnte Folge geknüpft. Dagegen sei der zweite Eid, den die Beklagte dem Kläger zugeschoben habe, nämlich darüber, daß er auf den bereits fahrenden Wagen zu steigen versucht habe, nicht erheblich. Denn es sei nicht schuldvoll, auf einen Motorwagen aufzusteigen, der erst kurz vorher angezogen habe, also noch in langsamer Fahrt sei. Damit sei eine Gefahr nicht verbunden und darum bestehe in der dortigen Gegend und überhaupt im Industriebezirk die Gewohnheit so zu verfahren und ihr habe der Kläger ohne Fahrlässigkeit folgen können. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß im vorliegenden Falle der Wagen schnell angefahren und dadurch der Aufstieg erschwert und gefährlich geworden sei. Denn der Kläger habe sich in dem kurzen, ihm zur Überlegung verbleibenden Augenblicke nicht vorstellen müssen, daß die Anfahrt besonders rasch geschah.

Die Revision hat gegen diese Ausführung geltend gemacht, schon die eigene Darstellung des Klägers ergebe dessen Verschulden. Denn sei der Wagen abgefahren in einem Augenblicke, wo er erst die Griffe angefaßt, mit den Füßen aber noch fest auf der Erde gestanden habe, so habe die Vorsicht gefordert, daß er die Griffe fahren ließ und nicht mehr aufzuspringen versuchte. Die Bemerkung des Berufungsgerichts, dem Kläger sei nicht zuzumuten gewesen, daß er sich die Möglichkeit, daß der Wagen rasch anfahre, gegenwärtig gehalten habe, stehe in Widerspruch mit der eigenen Erklärung des Klägers, er habe gewußt, daß an dieser Stelle der Zug mit ziemlicher Geschwindigkeit abzufahren pflege.

Der Einwand, daß schon das eigene Vorbringen des Klägers zur Abweisung der Klage führen müsse, ist seither von der Beklagten nicht geltend gemacht und darum vom Berufungsgericht nicht ausdrücklich erörtert. Er ist auch unzutreffend. Hatte der Kläger die Griffe des Wagens gefaßt, als dieser noch stand, so konnte er beim Anfahren des Wagens unwillkürlich versuchen, die begonnene Bewegung zu vollenden und auf dem Trittbrett Halt zu finden, statt die Griffe loszulassen. Eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist darin auch dann nicht zu finden, wenn man auf Grund der eigenen Angabe des Klägers davon ausgeht, er habe gewußt, der Zug fahre auf der dortigen Haltestelle besonders rasch an. Dagegen ist es rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht in gleicher Weise den andern Fall beurteilt,

daß der Kläger es unternommen hat, den Wagen nach dessen Anfahren zu besteigen. Freilich besteht, nicht nur in einzelnen Gegenden, sondern allerorten, die Gewohnheit, daß auch auf einen bereits fahrenden Straßenbahnwagen aufgesprungen wird; aber nicht, weil damit eine Gefahr überhaupt nicht verbunden ist. Die Häufigkeit der dabei vorkommenden Unfälle lehrt das Gegenteil. Der Grund dieser Gewohnheit ist vielmehr, daß viele sich die körperliche Gewandtheit zutrauen und zumeist auch besitzen, daß sie die Gefahr überwinden können. Im Glauben daran schätzen sie die Gefahr gering und nehmen lieber sie mit in den Kauf, als daß sie auf das Mitkommen verzichten. Wer in solcher Weise freiwillig einer nach seiner Meinung für ihn nicht erheblichen und vermeidlichen Gefahr sich aussetzt, also bewußt die für ihn mögliche Verhütung der Schadensursache unterläßt, muß seine Handlungsweise, wenn er von dem haftpflichtigen Unternehmer der Straßenbahn Entschädigung fordert, nach Maßgabe des BGB. § 254 Abs. 2 vertreten. Das ist vom Berufungsgericht verkannt, indem es ablehnte, die Behauptung der Beklagten zu berücksichtigen, der Kläger habe nicht bloß außerhalb der Abschlußschranke, sondern schon vorher auf den fahrenden Wagen aufzuspringen versucht . . ."

608. Ist ein ausdrücklicher Antrag, das eigene Verschulden des Beschädigten zu berücksichtigen, erforderlich? (BGB. § 254). Urt. vom 18. Juni 08, VI 389/07.

„. . . Die Vorinstanz ist auf die Frage, ob dem Kläger der erhobene Schadensersatzanspruch gemäß BGB. § 254 ganz oder zum Teil abzusprechen sei, deshalb nicht eingegangen, weil von dem Beklagten ein hierauf gestützter Einwand nicht geltend gemacht worden sei. Das ist unzutreffend. Die Beklagten haben in erster Instanz Klagabweisung beantragt und bei der Begründung dieses Antrags angeführt, die Verletzungen, die der Kläger erlitten habe, seien dadurch herbeigeführt worden, daß er sich Streichhölzer besorgt und damit eine Zündkapsel, die er von W. G. erhalten gehabt, zur Entzündung gebracht habe. Sie haben also zu ihrer Verteidigung Tatsachen behauptet, aus denen sich ein eigenes Verschulden des Klägers an sich ohne weiteres ergibt. Einer ausdrücklichen Erklärung, daß damit eine auf BGB. § 254 gestützte Einrede vorgeschützt werden solle, bedurfte es nicht, die Absicht der Beklagten, das eigene Verhalten des Klägers zur Abwehr seiner Schadensersatzansprüche zu verwerten, ergab sich vielmehr von selbst daraus, daß die in Rede stehenden Behauptungen im unmittelbaren Zusammenhange mit dem Antrage auf Klagabweisung vorgebracht waren . . ."

609. Ist dann ein Zurückbehaltungsrecht des Schuldners am Hypothekenbriefe möglich, wenn das Grundbuchamt den Brief, der vereinbarungsgemäß dem Gläubiger unmittelbar auszuhändigen war, auf den Widerspruch des Schuldners vorläufig in Verwahrung genommen hat? (BGB. §§ 273, 1117 Abs. 2, 952). Urt. vom 11. Juli 08, V $\frac{530}{540}$/07.

„Die Beklagten haben nicht, wie die Revision behauptet, nur einseitig den Antrag auf Aushändigung des Hypothekenbriefs gestellt, vielmehr ist festgestellt, daß nach getroffener Vereinbarung der zu bildende Hypothekenbrief vom Grundbuchamt unmittelbar an die Klägerin ausgehändigt werden sollte. Diese Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ersetzte nach BGB. § 1117 Abs. 2 die Übergabe; die Klägerin erwarb die Hypothek mit der Eintragung und damit erlangte sie nach §§ 952, 953, und zwar unwiderruflich und sofort mit der Ausfertigung auch Besitz und Eigentum am Hypothekenbriefe. Hieran wurde auch durch die Tatsache nichts geändert, daß später auf den von den Beklagten gegen die Aushändigung erhobenen Widerspruch das

Grundbuchamt den Hypothekenbrief vorläufig in Verwahrung nahm. Die Klägerin wurde dadurch in der Verfügung und damit in dem Gebrauche ihres Rechts rechtswidrig gehindert, aber sie verblieb vor wie nach die ausschließliche Besitzerin und Eigentümerin des Hypothekenbriefs. Bei dieser Sachlage war für das von den Beklagten aus BGB. § 273 beanspruchte Recht der Zurückbehaltung kein Raum. Dieser Auffassung hat der erkennende Senat bereits in dem Urt. vom 27. April 07 — RGZ. 66, 97 — Ausdruck gegeben ..."

610. Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der Vertragspflicht, die Auflassung eines Grundstücks herbeizuführen (BGB. § 276). Urt. vom 27. Juni 08, V 506/07.

Der Kläger hatte von den Erben M. ein Grundstück gekauft. Er räumte der Beklagten durch notariellen Vertrag das Recht ein, unter dem Grundstück eine Kohlenabbaugerechtigkeit zu erwerben, wobei bestimmt wurde, daß die Beklagte auf ihre Kosten die Auflassung des Grundstücks zu erwirken oder für den Kläger herbeizuführen habe. Sie hat sich nun mit den Erben M.s in Verbindung gesetzt, das Grundstück aber selbst gekauft und aufgelassen erhalten. Der Kläger fordert Zahlung des Kaufpreises für die Kohlenabbaugerechtigkeit als Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Grund von BGB. § 826.

Aus den Gründen:

„Nach der Feststellung des Berufungsgerichts war zur Zeit des Abschlusses des notariellen Vertrags vom 9. Februar 1899 der Plan im Buchteich zwar noch Eigentum der Erben M., allein diese waren verpflichtet, ihn an den Kläger aufzulassen. Der Kläger hatte nun seinerseits einen Vertragsanspruch darauf, daß die Beklagte die Auflassung für ihn erwirke oder herbeiführe. Der Anspruch bestand, auch wenn der Vertrag, wie das Berufungsgericht annimmt, nur als sog. Anstellungsvertrag abgeschlossen war. Der Vertrag wurde dann hinfällig, wenn die Beklagte das ihr gemachte Angebot auf den Erwerb der Kohlenabbaugerechtigkeit ablehnte. Allein die Beklagte hat von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht, sie hat im Gegenteil, wie ebenfalls das Berufungsgericht annimmt, an dem Vertrage festgehalten und im Briefe vom 4. Februar 1902 dem Kläger mitgeteilt, es müsse der Vertrag so, wie er geschlossen sei, bestehen und der Kläger so lange gebunden bleiben, bis festgestellt worden, wer der rechtmäßige Besitzer des Grundstücks sei. Dies war der Kläger. Die Beklagte hat nun die Verpflichtung, für den Kläger die Auflassung zu bewirken oder herbeizuführen, nicht erfüllt und hierfür ist sie vertretungspflichtig. Das Berufungsgericht erachtet dagegen die Vertretungspflicht nur unter der Voraussetzung für gegeben, daß die Beklagte sich i. S. von BGB. § 826 eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht habe. Hierbei ist offenbar davon ausgegangen, daß der Klaganspruch nur unter dem Gesichtspunkte einer unerlaubten Handlung begründet erscheine; allein beansprucht ist in erster Linie Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer vertragsmäßig geschuldeten Leistung und die Haftung der Beklagten ist daher auch bei einem nur fahrlässigen Verhalten gegeben. Dies ist vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt und es mußte deshalb, und zwar ohne daß es der Prüfung bedurfte, ob, wie die Revision behauptet, die Beklagte mit ‚dolus eventualis' gehandelt hat, die Aufhebung des Berufungsurteils erfolgen ..."

611. Unzulässigkeit der Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung, soweit die Leistung selbst unmöglich geworden ist (BGB. §§ 320, 322, 323, 325). Urt. vom 3. Juli 08, II 65/08.

„... Nach den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts haben die Widerkläger ihre Vertragspflichten durch Verzicht auf die Konzession zugunsten des Widerbeklagten zum Teil erfüllt und zwar zu einem Teile, der für diesen von

der allergrößten Bedeutung war. Die Erfüllung ihrer weiteren Vertragspflicht, dem Widerbeklagten das Eigentum an den fraglichen Möbeln zu verschaffen, ist den Widerklägern, wie unter den Parteien unstreitig feststand und auch von dem Berufungsgerichte zur Widerklage angenommen worden ist, infolge der Zwangsversteigerung unmöglich geworden. Diese teilweise Unmöglichkeit der Leistung der Widerkläger ist auch von ihnen, wie das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei ausgeführt hat, zu vertreten, berechtigte aber den Widerbeklagten nach den Entscheidungsgründen zu der rechtskräftig abgewiesenen Klage nicht zum Rücktritte von dem Vertrage. Damit sind die Voraussetzungen des BGB. § 325 festgestellt. Von den ihm hiernach zustehenden Rechten verbleibt dem Widerbeklagten, da das Rücktrittsrecht ihm rechtskräftig aberkannt ist, nur noch das Recht auf Schadensersatz oder Minderung (§ 323 Abs. 1 a. E.). Es ist nun zunächst unzutreffend, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, der Widerbeklagte habe Schadensersatz für die unmöglich gewordene Gegenleistung oder Minderung seiner eigenen Leistung nicht begehrt. Ausweislich des im Tatbestande des Berufungsurteils bezogenen Schriftsatzes vom 28. September 1906 (Blatt 188 der Akten) hatte der Kläger geltend gemacht, wenn die Beklagten ihm die Möbel nicht überliefern könnten, so brauche er wohl auch ihnen nicht den Kaufpreis zu bezahlen. Wenn nun der Widerbeklagte sich event. auf BGB. § 322 berufen hat, so ist dieses Vorbringen in seinem Zusammenhange nur in dem Sinne zu verstehen, daß der Widerbeklagte den Kaufpreis für die Möbel nicht zahlen, d. h. von dem für den Verzicht auf die Konzession und für die Möbel einheitlich bestimmten Kaufpreise einen entsprechenden Abzug machen und nur eventuell, d. h. nur für den Fall auf BGB. § 322 sich berufen wollte, daß sein in erster Linie gestelltes Verlangen auf Preisminderung nicht als gerechtfertigt anerkannt werden sollte. Somit ist das Berufungsgericht dem Parteivorbringen nicht gerecht geworden. Ferner ist aber auch die Anwendung des BGB. § 322 auf das festgestellte Sachverhältnis rechtlich verfehlt. BGB. § 320 gewährt dem auf Erfüllung belangten Vertragsteile eine verzögerliche Einrede, die Leistung so lange zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt ist. Die Einrede setzt ihrer Natur nach voraus, daß die Gegenleistung noch möglich ist. Ist diese aber, wie hier, feststehendermaßen teilweise unmöglich geworden, so greifen in betreff des unmöglichen Teiles nicht BGB. §§ 320, 322 Platz; dieser Fall wird vielmehr durch die §§ 323 ff. geregelt, nach Lage der Sache also durch § 325. Denn in einem Falle, in dem die Gegenleistung teilweise unmöglich geworden ist, würde die Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung nicht bloß ein Hinausschieben, sondern tatsächlich eine endgültige Verweigerung der eigenen Leistung bedeuten. In solchem Falle ist die Berufung auf BGB. § 322 in betreff des unmöglichen Teils der Leistung nach Sinn und Zusammenhang der §§ 320 ff. ausgeschlossen. Mit Recht wird dann auch von den Revisionsklägern geltend gemacht, daß ihnen die Vollstreckung des Berufungsurteils unmöglich sei. Hiernach unterliegt das angefochtene Urteil wegen Verletzung des BGB. §§ 320, 322 durch unrichtige Anwendung und des § 325 a. a. O. durch Nichtanwendung der Aufhebung. Daher war die noch nicht spruchreife Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . ."

612. Beweislast, wenn der Käufer die Kaufpreisforderung deshalb bestreitet, weil der Verkäufer die Ware vertragswidrig, ohne Kassazahlung, an einen Dritten ausgeliefert hat (BGB. § 325). Urt. vom 19. Juni 08, II 67/08.

„Die Revision ist zulässig und auch gerechtfertigt. Beklagter hat am 2. April 1906 bei einer von dem Kläger abgehaltenen Auktion 26 Kisten Kupfer gekauft und diese gleich nach der Auktion an F. P. und S., G. m. b. H., weiter verkauft. Am 5. April 1906 ist die Ware von dem Kläger auf Anweisung des Beklagten an jene Gesellschaft ausgeliefert worden. Als

Kläger später von dem Beklagten Zahlung forderte, bestritt dieser seine Zahlungspflicht unter der Behauptung, daß er den Kläger ausdrücklich angewiesen gehabt habe, die Ware nur gegen Kassazahlung auszuliefern. Kläger bestritt die Erteilung derartiger Anweisung. Die Gesellschaft F. P. und S. ist am 22. August 1906 in Konkurs geraten. Der Kläger hat nun mit der Klage — unter Angebot der Rückübertragung der ihm gegen genannte Gesellschaft abgetretenen Rechte — Zahlung des Kaufpreises von 5466,44 ℳ nebst Zinsen, eventuell Feststellung dahin verlangt, daß Beklagter verpflichtet ist, ihm die Differenz zwischen 5466,44 ℳ und der Dividende in jenem Konkurse zu erstatten. Der Streit der Parteien betrifft im wesentlichen die Frage, ob Beklagter den Auftrag zur Auslieferung der Ware an die genannte Gesellschaft schlechthin oder nur mit der ausdrücklichen Beschränkung, die Ware nur gegen Kassazahlung auszuliefern, erteilt habe. Das Landgericht hat die Entscheidung über diese streitige Tatsache von einem dem Beklagten auferlegten richterlichen Eide, das Berufungsgericht hingegen von einem dem Kläger zugeschobenen Eide abhängig gemacht. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei unstreitig, daß Kläger das Kupfer an die genannte Gesellschaft habe ausliefern sollen; es sei nicht zweifelhaft, daß er auch den Kaufpreis von dieser Gesellschaft habe einziehen sollen und es sei unbestritten, daß er den Kaufpreis von dieser Gesellschaft damals auch erhalten haben würde, wenn er die Auslieferung des Kupfers von der Zahlung des Preises abhängig gemacht hätte. Zugunsten des Beklagten nimmt es an, daß Kläger, im Falle er den Auftrag übernommen habe, die Ware nur gegen Kassazahlung auszuliefern, sich durch die Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtung schadensersatzpflichtig gemacht habe und daß demnach, da der Wert des Kupfers dem Kaufpreise entsprach, die Klage auf Zahlung des Preises gegen den Beklagten unbegründet sei. Andernfalls hingegen sei die an sich unbestrittene Klagforderung begründet. Beweispflichtig für das von ihm behauptete Abkommen sei Beklagter. Der Beweis sei aber bisher nicht geführt. Deshalb komme es auf den von dem Beklagten dem Kläger zugeschobenen Eid an. Mit Recht wird Verkennung der Beweislast gerügt. Das Berufungsgericht übersieht, daß der Beklagte wegen der angeblichen Nichterfüllung des Auftrages nicht einen Schadensersatzanspruch geltend macht, in welchem Falle allerdings der Beklagte für die von ihm behauptete Beschränkung seines Auftrags beweispflichtig wäre, sondern daß er nur zur Verteidigung gegen die Kaufpreisforderung sich auf die auftragswidrige Auslieferung der Ware berufen hat. Zur Begründung seiner Kaufpreisforderung ist aber der Kläger in vollem Umfange beweispflichtig. Er hat also zu beweisen, daß er seine Pflicht als Verkäufer, die Ware zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen, erfüllt habe oder doch zu erfüllen imstande und bereit sei. Die von ihm behauptete Vertragserfüllung setzt im gegebenen Falle voraus, daß er die Ware der Anweisung des Beklagten gemäß an die genannte Gesellschaft ausgeliefert hat. Ging nun diese Anweisung dahin, daß die Ware nur gegen Kassazahlung ausgeliefert werden sollte, so hat der Kläger, der unstreitig ohne Kassazahlung ausgeliefert hat, seinen Auftrag überschritten. Die Überschreitung des Auftrages ist rechtlich so anzusehen, als ob der Kläger ohne Auftrag die Ware ausgeliefert hätte. Der Beklagte braucht die seinem Auftrage zuwiderlaufende Auslieferung nicht gegen sich gelten zu lassen. Durch die Auslieferung der Ware an die genannte Gesellschaft hätte der Kläger sich die Vertragserfüllung an den Beklagten unmöglich gemacht und damit seinen Anspruch auf den Kaufpreis verloren (BGB. § 325). Die Einlassung des Beklagten stellt sich somit nicht als eine selbständige Einrede, sondern vielmehr als ein motiviertes Leugnen der dem Kläger obliegenden und von ihm zu beweisenden Vertragserfüllung dar. Der Beweis des letzteren kann aber nur durch den Beweis geführt werden, daß dem Kläger der Auftrag einfach so erteilt worden ist, wie er es behauptet. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben und die noch nicht spruchreife Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht

zurückzuverweisen, weil die Verkennung der Beweislast zu Unrecht dazu geführt hat, bei dem Mangel ausreichenden Beweises auf den von dem Beklagten dem Kläger zugeschobenen Eid zu erkennen. Unabhängig von der Beweislast bleibt es dem Ermessen des Berufungsgerichts überlassen, den Kläger zum richterlichen Eide im Sinne seiner Behauptung zu verstatten ..."

613. **Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrage, weil der Verkäufer eine nicht bestehende Hypothek nicht löschen läßt** (BGB. §§ 326, 440 Abs. 1, 434, 435). Urt. vom 26. Juni 08, II 574/07.

„... Der Anspruch des Klägers stützt sich, soweit er für die Revision in Betracht kommt, auf BGB. § 326. Der Berufungsrichter läßt bezüglich der Anwendbarkeit dieses Paragraphen dahingestellt, ob die der Beklagten als Verkäuferin nach dem BGB. §§ 434, 435 obliegende Verpflichtung, dem Kläger das Kaufgrundstück frei von Rechten i. S. des § 434 zu verschaffen und die für G. eingetragene Sicherungshypothek von 2000 ℳ — deren Nichtbestehen unstreitig ist — zur Löschung zu bringen, eine Leistung i. S. des BGB. § 326, nämlich eine Hauptleistung ist (RGZ. 53 S. 163, 164; 57, 110). Diese von dem Berufungsrichter dahingestellt gelassene Frage ist zu bejahen; es können darüber bei dem Inhalt und der Bedeutung der Verpflichtung sowie dem Wortlaut des § 440 Abs. 1 BGB. begründete Bedenken nicht bestehen; es sind in § 440 Abs. 1 ausdrücklich auch für den Fall der Nichterfüllung einer Verpflichtung aus § 435 die Vorschriften der §§ 320—327 bezüglich der Rechte des Käufers für maßgebend erklärt. — Die Anwendbarkeit des § 326 (und des § 325) im vorliegenden Falle und damit ein Recht des Klägers, von dem Vertrage zurückzutreten, verneint der Berufungsrichter aus zwei Gründen: 1. weil bei der zufolge der nicht erfolgten Löschung der G.schen Hypothek nur in Frage kommenden teilweisen Nichtbewirkung der Leistung der Kläger nach §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2 ein Recht zum Rücktritt nur haben würde, wenn er an der beiderseitigen teilweisen Erfüllung kein Interesse hätte, dieses aber von ihm nicht geltend gemacht sei und hier nicht vorliege; 2. weil es an den Voraussetzungen des in § 326 erforderten Verzuges des Schuldners mit der ihm obliegenden Leistung mangele. Beide Gründe werden mit der Revision mit Erfolg angefochten. Zu dem ersten ist es einmal nicht zutreffend, daß der Beklagte nicht geltend gemacht habe, daß er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse habe, denn der Kläger hatte, wie er mit der Revision mit Recht hervorhebt, behauptet, daß das Grundstück für ihn mit der darauf ruhenden Sicherheitshypothek wertlos sei. Das Interesse des Klägers ferner aber daran, daß im Grundbuch des von ihm erworbenen Grundstücks im Werte von 7500 ℳ nicht eine Hypothek von 2000 ℳ eingetragen blieb, war offensichtlich ein verhältnismäßig sehr erhebliches und es wurde dieses Interesse auch nicht dadurch beseitigt, daß für den Kläger 2000 ℳ hinterlegt waren. Trotz der Hinterlegung war der Kläger in der völlig freien und uneingeschränkten Ausnutzung seines Besitztums außerordentlich behindert. Bei den Verhältnissen, um die es sich handelte, war trotz der Hinterlegung der 2000 ℳ für Kläger die Veräußerung des Grundstücks wie eine Belastung desselben zufolge der Eintragung der Hypothek von 2000 ℳ erschwert und die Möglichkeit der Veräußerung wie der Belastung beschränkt. Dieses mußte um so mehr in Betracht gezogen werden, als aus den Feststellungen des Berufungsrichters nicht zu entnehmen und nach denselben gar nicht abzusehen ist, wann denn die Hinterlegung ihr Ende erreichen und die 2000 ℳ etwa dem Kläger zufließen sollten.

Anlangend den zweiten Entscheidungsgrund, so hat der Berufungsrichter zunächst festgestellt: Beide Parteien seien darüber einig, daß sie vor der Auflassung sich mündlich und zu Protokoll des Grundbuchrichters über die Löschung der G.schen Sicherungshypothek in besonderer Weise einig geworden seien. Der Revisionskläger hat zunächst diese Feststellung als den Tatsachen und dem Vorbringen des Klägers nicht entsprechend angegriffen und sodann auch

die sich darauf stützende Schlußfolgerung des Berufungsrichters, daß hier nur Mahnung vor Eintritt der Fälligkeit der geschuldeten Leistung und Fristsetzung aus § 326 nur vor Eintritt des Verzuges mit der Leistung vorliege, die Mahnung wie die Fristsetzung daher unwirksam seien, als rechtsirrig angefochten; der Revisionskläger hat dabei ausgeführt: Der Verzug der Beklagten sei, wenn nicht eine vertragliche Vereinbarung — wie sie von dem ersten Richter der streitigen Behauptung der Beklagten entsprechend dem Eide des Klägers unterstellt sei — dargetan werde, bereits zur Zeit der Auflassung, am 29. März 1906, eingetreten. Daß die Fristsetzung aber jedenfalls bis zur Schlußverhandlung des Rechtsstreits in erster Instanz, dem 30. Mai 1907, eine angemessene gewesen sei, nehme offenbar auch der Berufungsrichter an. — Ob die von dem Revisionskläger gegen die Annahme einer Einigkeit der Parteien über die Löschung der G.schen Hypothek vorgebrachten Angriffe in der Revisionsinstanz Erfolg haben könnten, kann dahingestellt bleiben. Es kann aber die Begründung, die der Berufungsrichter den aus jener Einigkeit gezogenen Folgerungen gegeben hat, für durchgreifend und einwandfrei nicht erachtet werden. Auch nach seinen Feststellungen ist die Fälligkeit der der Beklagten obliegenden Leistung, die G.sche Hypothek zur Löschung zu bringen, bereits Anfangs 1907, also noch lange vor Erlaß sogar des erstinstanzlichen Urteils, eingetreten, aber trotzdem auch Ende November 1907, zur Zeit des Erlasses des Berufungsurteils, noch immer nicht bewirkt gewesen. Bei dieser Sachlage war eine Prüfung der Sache seitens des Berufungsrichters auch nach der Richtung hin geboten, ob nicht in der Fortführung des Prozesses nach Anfang (Januar) 1907 auch eine Wiederholung der Mahnung und der in § 326 verlangten Fristsetzung zu finden sein möchte. Würde dieses tatsächlich zu bejahen sein, so wäre die Entscheidung des Berufungsrichters auch bezüglich seines zweiten Entscheidungsgrundes, wie aus seinen eigenen Ausführungen erhellt, unhaltbar. Der Berufungsrichter ist aber in eine Prüfung der bezeichneten Frage überhaupt nicht eingetreten.

Vorstehendem gemäß war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ..."

614. Fortsetzung des Besitzes durch den Grundstückskäufer, obwohl er den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat. Verzicht auf den Rücktritt, bevor oder nachdem er erklärt ist (BGB. §§ 326, 327, 346, 348, 349, 313). Urt. vom 17. Juni 08, V 509/07.

„Vor dem Berufungsgericht hat die Beklagte Zeugenbeweis über folgende Tatsachen angetreten:

Kurz vor Weihnachten 1903 habe Kläger dem verstorbenen H. erklärt: ‚Du kannst dich darauf verlassen, daß bis Weihnachten die Auflassung erfolgt ist, sonst verspiele ich 10 ℳ.' H. habe erklärt, er wolle spätestens bis Donnerstag nach Weihnachten die Auflassung bewirkt haben. Donnerstag wolle er mit zu Gericht gehen. Wenn nicht spätestens bis zu diesem Zeitpunkte die Auflassung erfolgt sei, wollte K. ihm das Geld zurückgeben und er halte sich an den Vertrag nicht mehr gebunden.

Der Berufungsrichter bemerkt zwar, daß dieses Vorbringen mit den Erklärungen der Beklagten vor dem Landgericht (über frühere mehr oder minder bestimmte Nachfristsetzungen) nicht übereinstimme, legt darauf aber mit Recht kein Gewicht, unterstellt die Wahrheit dieser Geschichtserzählung und findet darin sogar die Behauptung einer der gesetzlichen Vorschrift entsprechenden Nachfristsetzung. Er unterstellt ferner, daß der Zeuge K. weiter auch die in obigem Beweisantritt eigentlich nicht, wohl aber an anderer Stelle behauptete endgültige Rücktrittserklärung H.s bestätigt, erachtet diese aber deshalb nicht als ernstlich gemeint, weil sich H. im Besitze des Grundstücks befunden und dieses, ebenso wie nachher seine Witwe, ruhig behalten habe.

Mit Recht erklärt die Revision diesen Entscheidungsgrund für rechtsirrtümlich. Nach BGB. § 348 sind die aus dem Rücktritt vom Vertrag sich ergebenden beiderseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen. Hatte der verstorbene H. nach vergeblichem Ablauf der nach Gesetzesvorschrift dem Kläger gesetzten Nachfrist den Rücktritt vom Vertrage bestimmt erklärt, so mußte er das Grundstück, etwa auch dessen Nutzungen, zurückgeben, aber nicht etwa als Vorleistungsverpflichteter, sondern nur Zug um Zug gegen Rückempfang seiner Anzahlung. Aus seiner einfachen Besitzfortsetzung kann nicht rückwärts auf die Nichternstlichkeit der Rücktrittserklärung geschlossen werden. Für diese Nichternstlichkeit (BGB. § 117) besteht auch keine gesetzliche Vermutung, der Kläger müßte sie besonders beweisen. Ein nachträglicher Verzicht auf den Rücktritt vom Vertrag wäre, wenn man ihn auch in der H.schen Besitzfortsetzung finden wollte, im Hinblick auf BGB. §§ 327, 346, 349, 313 wegen Formmangels unwirksam (vgl. RGZ. 66, 430) . . .

Ist eine bestimmte Rücktrittserklärung des H. oder seiner Rechtsnachfolgerin nach richtiger aber fruchtloser Nachfristsetzung in der Folgezeit nach Weihnachten 1903 nicht abgegeben worden, so könnte eine solche allerdings an sich auch in dem Verhalten der Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit, in ihrem Klagabweisungsantrag und in ihrer Widerklagerhebung gefunden werden. In diesem Falle könnte und müßte aber geprüft werden, ob nicht schon H. oder seine Rechtsnachfolgerin inzwischen ausdrücklich oder stillschweigend auf das Recht, zurückzutreten, verzichtet hatten, was vor Rücktrittserklärung formlos geschehen konnte (vgl. RGZ. 50, 138; Urt. des RG. vom 29. Nov. 05, V 196/05) . . ."

615. Unberechtigtes Verlangen der sofortigen Leistung sämtlicher rückständiger Raten bei einem durch Ratenlieferungen zu erfüllenden Vertrage. Kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (BGB. §§ 326, 157). Urt. vom 5. Juni 08, II 6/08.

„Die Revision ist zulässig, sie konnte aber keinen Erfolg haben. — Der Berufungsrichter erachtet den Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus BGB. § 326 für begründet, indem er die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 10. Januar 1907 für unberechtigt erklärt und in dem Verhalten der Beklagten ein definitives Sich-Lossagen vom Vertrage unter grundlosen Einwänden erblickt. Der Berufungsrichter gelangt zu letzteren Annahmen auf Grund der Feststellung, die Klägerin habe sich in einem Lieferungsverzuge, der die Beklagte zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt hätte, nicht befunden. Diese Feststellung wird von der Revisionsklägerin als rechtsirrtümlich angefochten, jedoch zu Unrecht. Der Berufungsrichter hat insbesondere angenommen, daß die von der Beklagten am 28. Dezember 1906 und 4. Januar 1907 gestellten Lieferungsbegehren einen Verzug der Klägerin um deswillen nicht hätten bewirken können, weil nach dem Vertrage in monatlichen Abständen zu liefern war und hieran auch die einstweilige Suspendierung der Lieferungen nichts geändert habe. Die Revisionsklägerin hat demgegenüber geltend gemacht: Der Verzug der Klägerin wegen der fünf Monatsraten Mai bis September 1906 sei am 4. Januar 1907 eingetreten. Die Klägerin habe selbst mit der Klage die Abnahme dieser fünf Raten verlangt gehabt; die Beklagte sei mit dem Schreiben vom 4. Januar auf dieses Verlangen eingegangen und habe mit demselben lediglich ihren vorher erhobenen grundlosen Widerspruch gegen die Abnahme der fünf Raten fallen gelassen. Die Klägerin hätte daher nun die fünf Raten auch liefern müssen. — Von dem Berufungsrichter ist in diesen Beziehungen folgendes ausgeführt: Die Klägerin habe so, wie sie es getan habe (auf Abnahme der fünf Monatsraten), allerdings nur klagen können, wenn sie selbst zur Lieferung bereit war, und die Beklagte habe deshalb an sich aus dieser Klage ein Erbieten zur sofortigen Lieferung der fünf nach dem — suspendierten — Vertrage im Mai, Juni,

Juli, August, September zu liefern gewesenen Raten entnehmen können. Die Beklagte habe aber der Klage auf Abnahme der fünf Raten widersprochen und stets den Standpunkt vertreten gehabt, sie brauche nur monatlich je eine Rate abzunehmen; dem gegenüber sei die Klägerin nicht gehalten gewesen, auch ferner diese sämtlichen fünf Raten stets während der schwebenden Vergleichsverhandlungen bereit zu halten; die Beklagte habe selbst in dem Schreiben vom 6. November betont, laut Kontrakt sei nur in monatlichen Abständen zu liefern, und sie habe selbst zutreffend geltend gemacht, daß die Verständigung über Suspendierung weiterer Lieferungen keine andere Bedeutung gehabt habe, als daß nach dem Eintreffen des überseeischen Surveys die weitere Ausführung des Kontrakts, d. h. monatsweise Lieferungen, wieder aufzunehmen wäre. Auf Grund alles dessen nimmt der Berufungsrichter frei von Rechtsirrtum an, daß die Klägerin — trotz der von ihr erhobenen Klage — nicht in Verzug gekommen sei (wozu nach BGB. § 285 das Unterbleiben der Leistung infolge eines von der Klägerin zu vertretenden Umstandes erforderlich gewesen sein würde), und daß die Beklagte, wenn sie ihrerseits die Vergleichsverhandlungen habe abbrechen wollen, nur monatweise Lieferung, also zunächst nur eine Rate, nicht aber alle acht Raten auf einmal habe verlangen können. — Abgesehen hiervon erachtet es der Berufungsrichter ferner auch als unbedingt gegen Treu und Glauben verstoßend, wenn die Beklagte während der Vergleichsverhandlungen die Klägerin mit einem Verlangen überraschte, auf welches diese nicht gefaßt sein konnte. Auch dem ist beizutreten. Nachdem die Beklagte am 6. November selbst betont hatte, daß sie selbstverständlich nur monatliche Teillieferungen abnehmen könne und daß der Markt große Sendungen absolut nicht vertragen könne, nachdem die Parteien ferner (nach den Feststellungen des Berufungsrichters) noch am 20. Dezember dahin einig gewesen waren, abzuwarten, ob sich ein Ausgleich erzielen lasse, konnte die Beklagte nicht plötzlich, am 28. Dezember, ohne daß inzwischen etwas geschehen war, die sofortige gleichzeitige Lieferung der Oktober-, November- und Dezemberraten, die bis dahin gar nicht in Frage gestanden hatten und wenige Tage später, am 4. Januar 1907, die sämtlichen seit Mai 1906 zu liefernden acht Raten (24000 Ries Papier) auf einmal (und zwar bis zum 9. Januar in G.) verlangen. Darin lag ein Verhalten, wie es sich mit Treu und Glauben nicht verträgt (aber nicht die Annahme irgend welcher Offerte der Klägerin).

Der Berufungsrichter prüft dann weiter noch die Frage, ob die Klägerin infolge der Aufforderungen der Beklagten zur Lieferung (vom 28. Dezember 1906 und 4. Januar 1907) nicht wenigstens mit einer Monatsrate in Verzug gekommen sei. Er verneint aber auch dieses mit dem Hinweis einerseits auf das Schreiben der Klägerin vom 9. Januar 1907, in welchem sich diese ausdrücklich zur kontraktlichen, monatsweisen Lieferung erbot, sowie andererseits darauf, daß die Beklagte hierauf nicht eingegangen sei. Auch hierin ist ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Nachdem die Beklagte erklärt hatte, zurückzutreten, und als die Beklagte auch auf die ausdrückliche Erklärung der Klägerin: wenn die Beklagte bei dem Inhalt ihres Schreibens vom 4. Januar verbleibe, nehme sie Abnahmeverweigerung der Beklagten an, sich völlig passiv verhielt, war die Klägerin zu einer Lieferung an die Beklagte nicht mehr verbunden und konnte sie daher auch nicht in Verzug mit einer solchen kommen . . ."

616. Wirkt die für einen bestimmten Termin ausgesprochene, aber verspätete Kündigung immer für den nächsten Kündigungstermin? Kündigung des Gesellschaftsvertrags, den mehrere Herausgeber einer Zeitschrift geschlossen haben, durch den einen, weil der Verleger dem anderen seine Stellung als Redakteur gekündigt habe (BGB. §§ 362 ff., 157, 723). Urt. vom 9. Mai 08, I 329/07.

Die Parteien haben als Herausgeber einer Zeitschrift mit F. einen Vertrag geschlossen, wonach er für mehrere Jahre den Verlag übernahm. Ferner haben

sie miteinander einen Gesellschaftsvertrag geschlossen, in dem sie ihre beiderseitige Tätigkeit regelten und bestimmten, daß sie den Vertrag mit F. nur gemeinsam kündigen könnten, und daß der zwischen ihnen selbst geschlossene Gesellschaftsvertrag erlösche, wenn ihn einer ein halbes Jahr vor Ablauf eines Geschäftsjahres kündige. Für den Kündigenden wurden besondere Nachteile vereinbart.

F. hat nun dem Kläger seine Stellung als Redakteur der Zeitschrift gekündigt. Bald danach hat der Beklagte gegenüber dem Kläger das Gesellschaftsverhältnis für den Schluß des Geschäftsjahres, aber nicht fristgemäß, gekündigt, weil der Kläger das Fortbestehen der Gesellschaft durch Verletzung der Vertragspflichten unmöglich gemacht habe. Als weiteren wichtigen Grund gab der Beklagte an, daß er infolge der Kündigung des Verlegers das Gesellschaftsverhältnis nicht fortsetzen könne, ohne sich der Gefahr auszusetzen, sich mit dem Verleger zu überwerfen.

Der Kläger klagt auf Feststellung, daß die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses unbegründet sei und es fortbestehe.

Aus den Gründen:

„... Das Berufungsgericht geht zwar von dem richtigen Standpunkte aus, daß die Frage, ob eine für einen bestimmten Termin ausgesprochene und für diesen verspätete Kündigung ihre Wirksamkeit für den nächsten Kündigungstermin äußere, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles zu beantworten sei. Das Gericht läßt dann aber bei seiner Beurteilung des vorliegenden Streitfalles den entscheidenden Umstand außer acht, daß eine auf Ziff. 7 des Vertrags sich gründende Kündigung im Gegensatze zu der auf einen wichtigen gesetzlichen Grund gestützten Kündigung für den Beklagten, als Kündigenden, erhebliche Nachteile zur Folge hatte. Nach Ziff. 8 des Vertrags gehen alle Vorräte, wenn der dem Kündiger gegenüberstehende Vertragsteil erklärt, daß er das Unternehmen fortsetzen wolle, auf diesen über. Und nach Ziff. 9 ‚verpflichtet sich der den Vertrag Kündigende, bis nach Ablauf von drei Jahren nach Erlöschen des Vertrags sich an keinem Zeitschriftenunternehmen leitend zu beteiligen, das dem Gegenstande des Vertrags Konkurrenz zu bieten geeignet ist'. Es macht für die Beantwortung der Frage nach der Erstreckung einer Kündigung einen wesentlichen Unterschied aus, ob es sich um Kündigungen handelt, die nur nach dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens, im übrigen aber in ihren Folgen nicht voneinander abweichen (vgl. Mot. z. BGB. II, 413), oder um Kündigungen, die Folgen wesentlich verschiedener Art nach sich ziehen. Diesen Unterschied hat der Vorderrichter verkannt ...

Da der vorstehend erörterte Entscheidungsgrund lediglich die Zeit nach dem 30. September 1906 betrifft, so war das Berufungsgericht der Prüfung nicht enthoben, ob dem Beklagten bei seiner Kündigung am 24. August 1905 ein wichtiger Grund zur Seite gestanden habe. Das Gericht hat auch diese Frage zugunsten des Beklagten in bejahendem Sinne entschieden. Ist diese Entscheidung zutreffend, so würde das den Kläger abweisende Urteil trotz der Hinfälligkeit des ersten Entscheidungsgrundes im vollen Umfange aufrechtzuerhalten sein. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob der Kläger eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt habe, es nimmt aber an, daß dem Kläger die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich geworden sei. Dem Kläger sei nämlich die Erledigung des literarischen und geschäftlichen Teiles der Redaktion der Zeitschrift dadurch unmöglich geworden, daß F. ihm seine Stellung als Redakteur der Zeitschrift am 5. August 1905 — sei es mit Recht, sei es mit Unrecht — gekündigt habe und der Kläger es bei dieser Kündigung habe bewenden lassen. Dieser Auffassung des Berufungsrichters stellt die Revision die Behauptung entgegen, daß die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung bei dem Kläger nicht vorliege. Diese Behauptung muß, soweit das Sachverhältnis bisher klargestellt worden ist, als begründet angesehen

werden. Wenn unterstellt wird, daß der Kläger die zur Erfüllung der übernommenen Vertragspflichten erforderliche Fähigkeit besaß und diese Pflichten tatsächlich ordnungsmäßig erfüllt hat, so ist nicht einzusehen, wie lediglich durch die von F. ausgesprochene Kündigung dem Kläger die Erfüllung seiner Obliegenheiten in der von ihm mit dem Beklagten eingegangenen Gesellschaft ‚unmöglich‘ geworden sein könnte. Durch eine — wie ebenfalls unterstellt werden muß — unberechtigte Weigerung F.s, die Leistungen des Klägers anzunehmen, werden diese Leistungen nicht i. S. des BGB. § 723 unmöglich und der Kläger nicht zur Erfüllung seiner Verpflichtungen unvermögend; vielmehr müßten die Folgen einer unberechtigten Weigerung F.s von diesem getragen werden. Eine Pflicht des Klägers, seinerseits bei einer solchen Sachlage auf dem Wege eines Prozesses gegen F. die Feststellung von dessen Nichtberechtigung zur Kündigung zu betreiben, läßt sich nicht begründen. Will der Beklagte nicht den Nachweis, daß der Kläger ihm gegenüber eine wesentliche Verpflichtung verletzt habe (BGB. § 723 Abs. 1), führen, so ist es seine Sache, nachzuweisen, daß F. mit Recht die Annahme der Redaktionsarbeiten des Klägers ablehnte und somit diese zum Besten der unter den Parteien bestehenden Gesellschaft nicht mehr verwertet werden konnten ...“

617. Beweislast, wenn der außereheliche Vater, der Schuldner der Kindesmutter und des durch sie vertretenen Kindes ist, von einem dieser Gläubiger eine Leistung zurückverlangt, weil sie auf die Forderung des anderen erfolgt sei (BGB. §§ 366, 812). Urt. vom 19. Juni 08, VII 597/07.

„... Das Landgericht ist dem Kläger auf den von diesem eingenommenen Standpunkt gefolgt und hat auf dieser Grundlage dem Kläger die Beweislast dafür zuerkannt, daß er bei Überbringung der Wechsel und der 50 ℳ der Beklagten erklärt habe, Wechsel und Barbetrag sollten auf die Schuld an das Kind verrechnet werden; das Landgericht hat deshalb die Entscheidung über die Klage von der Leistung des über jene Behauptung vom Kläger zugeschobenen und von der Beklagten angenommenen Eides abhängig gemacht. Das Berufungsgericht ist hierin der Auffassung des Landgerichts lediglich beigetreten. Die von der Revision hiergegen gerichtete Rüge einer Verkennung der Beweislast ist unbegründet. Die Revision hat diese Rüge auf die Vorschrift des BGB. § 366 gestützt, die die Anrechnung des vom Schuldner Geleisteten in dem Falle regelt, wenn der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden ausreicht. In einem Falle solcher Art hat zunächst der Gläubiger, wenn es bestritten wird, zu beweisen, daß ihm außer der eingeklagten noch eine oder mehrere andere gleichartige Leistungen von dem Schuldner zustehen; wird dies dargetan, so hat dann der Schuldner seine Behauptung, er habe bei der Leistung deren Anrechnung auf die eingeklagte Schuld bestimmt (BGB. § 366 Abs. 1), zu beweisen (vgl. Urt. des RG. vom 24. Okt. 03, RGZ. 55, 411). Allein für den hier vorliegenden Streitfall kann die Vorschrift des § 366 schon darum nicht in Betracht kommen, weil es sich hier nicht um mehrere demselben Gläubiger von demselben Schuldner gebührende Leistungen handelt; die eine der durch den Vergleich vom 30. Mai 1906 festgesetzten Leistungen gebührte der Beklagten, die andere dem Kinde, jede der Leistungen hatte also einen anderen Gläubiger. Wollte man aber etwa auch, mit Rücksicht darauf, daß der eine Gläubiger zugleich der gesetzliche Vertreter des anderen war, eine entsprechende Anwendbarkeit des § 366 annehmen, so ist doch der Kläger gar nicht in der Stellung des Gläubigers im Sinne dieser Vorschrift. Der Kläger ist vielmehr der Schuldner, der als solcher geleistet hat und der jetzt diese Leistung zurückfordert, indem er behauptet, sie sei auf eine nachher anderweit getilgte Schuld geschehen, während die Beklagte dies bestreitet und behauptet, die Leistung sei auf die andere aus

dem Vergleiche sich ergebende Schuld geschehen. Daß hier dem Kläger die Beweislast für seine zur Begründung seines Zurückforderungsanspruchs bestimmte und erforderliche Behauptung zufällt, entspricht sowohl allgemeinen Grundsätzen, als dem besonderen, vorhin dargelegten Rechtsinhalte des BGB. § 366 ..."

618. Geht der Anspruch aus einer vertragsmäßigen Gewährleistung für eine Forderung ohne weiteres mit der abgetretenen Forderung auf den neuen Gläubiger über? (BGB. § 401). Urt. vom 19. Juni 08, II 70/08.

„... Wenn der Revisionskläger vorgebracht hat: Das Urteil verletze BGB. § 401; das Reichsgericht habe (JW. 05 S. 338, 339) entschieden, daß vertragsmäßige Gewährleistung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung kein Zubehör der letzteren sei, so übersieht der Revisionskläger, daß der Berufungsrichter — und zwar ganz ausdrücklich — auf dem von dem Reichsgericht in der angezogenen Entscheidung vertretenen und von dem Revisionskläger selbst für richtig erachteten Standpunkt steht, daß nämlich die vertragliche Gewährleistungspflicht kein Akzessorium der Forderung ist und der aus ihr hervorgehende Anspruch daher nicht schon ohne weiteres nach BGB. § 401 auf den neuen Gläubiger übergeht, es zu einem solchen Übergang vielmehr noch einer besonderen vertraglichen, hier aber stattgehabten Übereignung seitens des alten an den neuen Gläubiger bedarf ..."

619. Umfang der Pflicht zur Aufklärung über die Ernte und über die Größe des Gutes beim Gutskaufe (BGB. § 463). Urt. vom 17. Juni 08, V 494/07.

„Der Beklagte hat mit dem Gute zugleich ‚die sämtlichen vorhandenen Wirtschaftsvorräte' gekauft, es war ihm aber keine vertragsmäßige Zusicherung darüber gegeben worden, was an solchen Vorräten tatsächlich vorhanden war. Der Beklagte hatte daher auf das, was verhagelt und infolgedessen nicht geerntet war, keinen Anspruch und daher auch nicht auf die Entschädigungssumme, die der Kläger wegen des durch den Hagelschaden erlittenen Ernteausfalls gezahlt erhalten hatte. Dies verkennt auch die Revision nicht, sie hält aber den Anspruch wegen Verletzung der ‚Offenbarungspflicht' aus dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes für begründet. Allein eine Offenbarungspflicht besteht, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts — vgl. RGZ. 62, 149 und die dort angezogenen Urteile — anerkannt ist, für den Verkäufer nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als nach den besonderen Umständen des Falles Treu und Glauben eine Aufklärung des Käufers gebieten. Vorliegend hatte der Beklagte auf das Gut, wie es stand und lag, das Kaufangebot gemacht und mithin unabhängig von dem Ausfall der bereits gemachten oder noch zu machenden Ernte. Der Wortlaut des späteren Vertrags war ebenfalls klar und ergab, daß der Beklagte nur das erhalten sollte, was wirklich geerntet und noch vorhanden war. Zu der Annahme, daß er ‚eine' volle Ernte erhalte, hatte der Beklagte auch dann keinen Anlaß, wenn ihm im Laufe der Verhandlungen gesagt sein sollte, er erhalte die ‚volle' Ernte. Legte der Beklagte darauf Gewicht, zu erfahren, welches Ergebnis die Ernte gehabt und ob dies durch äußere Ereignisse, wie Hagelschaden, eine Einbuße erlitten hatte, so war es seine Sache, nach den Vorräten Umschau zu halten oder über sie durch Nachfrage sich Gewißheit zu verschaffen. Ohne solche Nachfrage, den Beklagten über den Umfang der Vorräte zu unterrichten, war der Kläger nicht verpflichtet. Hiernach ist der Ersatzanspruch von 6500 ℳ unbegründet ...

Anlangend den Gegenanspruch von 27 200 ℳ, so ist unstreitig, daß der Kläger auf dem zu den Akten überreichten Zettel, den er einem mit dem Verkauf des Gutes beauftragten Agenten ausgehändigt, die Größe des zum Gute gehörigen Ackerlandes zu 925 ha angegeben hatte. Der Kläger hat nun be-

hauptet, daß die Ackerfläche um 34 ha zu groß angegeben sei, und das Berufungsgericht unterstellt als richtig, einmal, daß der Kläger jenen Zettel bei den Kaufverhandlungen in der Hand der Beauftragten des Beklagten gesehen und sodann auch, daß er die Unrichtigkeit der Größenangabe gekannt hat. Bei solcher Sachlage würde das Verhalten des Klägers zwar nicht eine vertragsmäßige Zusicherung i. S. von BGB. § 459 Abs. 2, aber doch eine wissentlich falsche Versicherung dahin enthalten haben, daß die zum Gute gehörige Ackerfläche 925 ha umfasse. Das Berufungsgericht erklärt dann zwar, es lasse sich nicht feststellen, daß der Kläger mit dem Bewußtsein der Täuschung gehandelt habe. In dieser Beziehung weist das Berufungsgericht darauf hin, einmal, daß das Gut nicht nur landwirtschaftlichen, sondern auch industriellen Zwecken gedient habe und sodann, daß der Kläger nach dem Briefe vom 28. September 1905 habe der Meinung sein können, daß es dem Beklagten darauf, ob mehr oder weniger Ackerland in Kultur sei, nicht ankomme. Allein beide Erwägungen werden mit Recht von der Revision beanstandet. Über die industriellen Anlagen und deren Bedeutung für die Bemessung des Kaufpreises war nach dem Tatbestande nichts vorgetragen und von dem Fragerechte aus ZPO. § 139 ist kein Gebrauch gemacht worden. In dem Briefe vom 28. September 1905 ist hervorgehoben, daß der Beklagte das Gut zu kaufen beabsichtige wegen dessen ‚vorzüglicher Verfassung in bezug auf Acker' usw. Der Inhalt des Briefs ergibt hiernach, daß der Beklagte auf den Acker und damit auch auf dessen Größe gerade besonderes Gewicht gelegt hat, so daß die Annahme des Berufungsgerichts mit dem Inhalte des Briefs in Widerspruch steht. Hiernach konnte mit der Begründung, wie sie gegeben ist, der Vorwurf der Arglist nicht zurückgewiesen werden. Es wird deshalb nach dieser Richtung das Vorbringen des Beklagten erneut zu prüfen und hierbei zu beachten sein, daß der Kläger, wenn er den Zettel in der Hand der Beauftragten des Beklagten gesehen und dabei das Bewußtsein von der Unrichtigkeit der Größenangabe in bezug auf das Ackerland gehabt hat, arglistig handelte, wenn er — RGZ. 62, 300 — auch nur mit der Möglichkeit rechnete, daß der Beklagte bei Kenntnis von der wahren Sachlage den Vertrag nicht abschließen oder doch nur einen geringeren Preis bewilligen würde. Unter dieser Voraussetzung würde daher der Ersatzanspruch des Beklagten an sich begründet sein . . ."

620. Begriff des arglistigen Verschweigens (BGB. § 463 Abs. 2). Urt. vom 30. Mai 08, V 414/07.

Der Kläger hat vom Beklagten ein Grundstück gekauft. Zu den Nebenräumen der Wohnungen gehörte je ein Kabinett, das an sich groß genug war, um als Schlafraum, insbesondere als Dienstmädchenkabinett benutzt zu werden. Jedoch hatte die Baupolizei die Benutzung als Wohn- oder Schlafraum verboten. Als der Kläger vor Abschluß des Kaufs das Grundstück besichtigte, standen in manchen Kabinetten Betten. Er hat beim Kaufsabschluß das polizeiliche Verbot nicht gekannt.

Aus den Gründen:

„. . . Bei Prüfung der Frage, ob der Beklagte verpflichtet war, von dem ihm bekannten polizeilichen Verbot dem Kläger Mitteilung zu machen, wenn er sich nicht dem Vorwurf des arglistigen Verschweigens aussetzen wollte, ist der Berufungsrichter den von dem Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehaltenen Rechtsgrundsätzen gefolgt. Danach liegt arglistiges Verschweigen vor, wenn ein für das Zustandekommen des Kaufs oder für die Preisbestimmung wesentlicher Umstand verschwiegen wird, obwohl der Verkäufer der Erheblichkeit des Umstandes sich bewußt war und obwohl er wußte, oder mit der Möglichkeit rechnete, daß der Umstand dem Käufer unbekannt sei (vgl. die Urt. des 2. ZS. in RGZ. 62 S. 149, 302; GruchotsBeitr. 51, 885; JW. 06, 86 Nr. 5; des 5. ZS. in GruchotsBeitr. 47, 925 und V 462/05; in

betreff des Verschweigens polizeilicher Verbote insbes. GruchotsBeitr. 48, 597; JW. 06, 57 Nr. 9 und V 582/05).

Nicht notwendig und in den vorerwähnten Entscheidungen ausdrücklich abgelehnt ist dagegen das von der Revision in den Vordergrund gestellte Erfordernis, daß der Verkäufer irgend welche Täuschungshandlungen vorgenommen, insbesondere die Entdeckung der Fehler erschwert oder verhindert haben müsse ..."

621. Beweislast für ein Verschulden des Käufers, das seinen Anspruch auf Wandlung oder Schadensersatz ausschließt. Dauer seiner Verantwortlichkeit für den Zustand der Kaufsache (BGB. §§ 467, 351, 282). Urt. vom 3. Juni 08, V 597/07.

„Nach dem BGB. §§ 467, 351 schließt eine vom Käufer verschuldete wesentliche Verschlechterung des empfangenen und gemäß dem § 346 zurückzugewährenden Gegenstandes die Wandlung aus und nach den §§ 467, 347, 989 begründet eine jede auch nicht wesentliche Verschlechterung dieses Gegenstandes, wenn sie vom Käufer verschuldet ist, einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers. Das Verschulden des Käufers ist aber regelmäßig nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, von demjenigen zu beweisen, der aus der Verschlechterung den Ausschluß der Wandlung oder den Schadensersatzanspruch herleitet. Vielmehr ist es, wenn die Verschlechterung oder die wesentliche Verschlechterung feststeht, regelmäßig Sache des Käufers, darzutun, daß dieselbe nicht von ihm verschuldet ist. Mit der Vollziehung der Wandlung erwächst nach dem Prinzip, das in den im § 467 in Bezug genommenen §§ 346—348, 350—354 zum Ausdruck kommt, die Verpflichtung des Käufers und des Verkäufers, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Kaufvertrag nicht geschlossen wäre, demnach insbesondere einander die empfangenen Leistungen in einem dem entsprechenden Zustande zurückzugewähren. Und zwar ist das Verhältnis so zu beurteilen, als wenn sich die Parteien hierzu schon durch den Kaufvertrag für den Fall der Wandlung verpflichtet hätten (vgl. Denkschrift bei Mugdan Bd. 2 auf S. 1239/40; Planck, Vorbem. 1b zum 5. Titel des 2. Abschnitts vom 2. Buch, Anm. 2b zum § 467). Jedenfalls handelt es sich bei dieser auf beiden Seiten bestehenden Verpflichtung zur Rückgewähr um ein Schuldverhältnis, für das die Beweisregel des BGB. § 282 gilt. Diese aber weist dem zur Rückgewähr Verpflichteten nicht nur im Falle des Unterganges oder der anderweitigen Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes, sondern auch im Falle seiner Verschlechterung die Beweislast zu, da die Verschlechterung die Unmöglichkeit begründet, den Gegenstand in dem vorher bezeichneten Zustande zurückzugewähren. Diese Verteilung der Beweislast wird überdies allein dem praktischen Bedürfnis gerecht; denn über den Grund der Verschlechterung wird regelmäßig nur der zur Rückgewähr Verpflichtete, nicht aber der andere Teil unterrichtet sein. Sie ist in der Rechtsprechung auch anerkannt (vgl. RG. bei GruchotsBeitr. 48, 898; s. auch RGZ. 64 S. 256/7; 65 S. 13/14). Ein Verschulden des Beklagten an der Verschlechterung wird dadurch, daß diese erst eingetreten ist, nachdem er mit seinem Wandlungsverlangen hervorgetreten war und daß dies Verlangen gerechtfertigt ist, nicht ausgeschlossen. Die durch den Empfang des Gegenstandes mit Bezug auf die Rückgewährpflicht begründete Verantwortlichkeit dauert bei der Wandlung bis zu deren Vollziehung gemäß dem § 465, und diese Vollziehung und nicht schon das einseitige Verlangen der Wandlung tritt an die Stelle der Rücktrittserklärung des Rücktrittsberechtigten, insbesondere auch als dasjenige Ereignis, bis zu dessen Eintritt ein Verschulden der im § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandlungsrechts zur Folge hat (vgl. RGZ. 59, 99 Nr. 29) ..."

622. Rechte des Mieters, wenn die Mängelhaftung des Vermieters vertragsmäßig dahin beschränkt ist, daß er nur die Mängel zu be-

seitigen hat, er aber mit der Beseitigung in Verzug kommt (BGB. §§ 540, 538). Urt. vom 15. Juni 08, I 368/07.

„... Zwar ist es nicht richtig, daß — wie die Revision behauptet — die Vereinbarung in § VII, durch welche die Verpflichtung des Vermieters zur Vertretung von Mängeln der vermieteten Sachen i. S. des BGB. § 540 beschränkt wird — aus dem Grunde außer Anwendung bleiben müsse, weil der Vermieter vorhandene Mängel arglistig verschwiegen habe. Denn dies hat das Berufungsgericht auf S. 37—39 des angefochtenen Urteils aus tatsächlichen Gründen und unter Bezugnahme auf die Eidesleistnng des Direktors der Klägerin im Wechselprozeß verneint. Die Beschränkung der Haftung des Vermieters, wie sie durch § VII der Verträge vereinbart wurde, ist demnach nicht nichtig, sondern zulässig und rechtlich wirksam. Sie bestimmt, daß für die Übergabe der vermieteten Gegenstände in vertragsmäßiger Beschaffenheit der Vermieter ausschließlich in der Weise zu garantieren habe, daß er alle Mängel der vermieteten Sachen, die als Verletzung der zugesagten vertragsmäßigen Beschaffenheit nachgewiesen werden, auf seine Kosten zu beseitigen habe, während eine Haftung für Ansprüche irgend welcher anderer Art, wie z. B. aus Verspätung, Arbeitsverhinderung, Versäumnis, allerdings ausdrücklich ausgeschlossen ist. Hiernach war der Beklagte allerdings, wenn er an den ihm vermieteten Sachen zugesicherte Eigenschaften vermißte, oder Mängel an ihnen vorfand, welche den Gebrauch beeinträchtigen oder aufheben, auf das Recht beschränkt, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands, sei es durch Ausbesserung, sei es durch Neulieferung zu verlangen. Dies erkennt das Berufungsgericht auf S. 42 auch an; es übersieht aber, daß, wenn der Mieter dem ihm nach § VII der Verträge verbliebenen Rechte gemäß die Nachgewährung der zugesicherten Eigenschaft und die Beseitigung der den Gebrauch beeinträchtigenden Mängel verlangt, aber vergeblich gefordert hatte, den Vermieter die Folgen des Verzugs treffen, wie sie durch BGB. § 538 bestimmt sind. Hiernach durfte der Beklagte, wenn es wahr wäre, was er in seinem Briefe vom 28. August 1903 gerügt hatte, daß der Bagger im allergünstigsten Falle nur 600 cbm leiste und auch diese Leistung bis dahin noch nicht erreicht hatte, wovon die Klägerin sich an Ort und Stelle überzeugen sollte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; gemäß Abs. 2 des § 538 stand ihm aber im Falle des Verzugs des Vermieters auch das Recht zu, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen ..."

623. Vorbehaltlose Annahme einer Teilrückzahlung des Pachtzinses (BGB. §§ 581, 541, 537, 538). Urt. vom 3. Juli 08, VII 414/07.

„... Bei der Abweisung des erhobenen Schadensersatzanspruchs muß es verbleiben. Der § 541 BGB. bestimmt nämlich ganz allgemein, daß, wenn durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen ist, die §§ 537, 538 entsprechende Anwendung zu finden haben. Das gilt also nicht nur für die in diesen Paragraphen geregelten Voraussetzungen für die Gewährleistungspflicht des Vermieters, sondern auch hinsichtlich der daraus für den Mieter sich ergebenden Rechte. Nun besagt § 537, daß, wenn die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt, der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit ist (Minderung des Mietzinses). Hieran schließt sich der § 538 mit der weiteren Bestimmung an, daß, falls ein Mangel der vorbezeichneten Art schon bei Abschluß des Vertrages vorhanden war, der Mieter statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Der Mieter hat in einem Falle der vorliegenden Art also zwei Rechte, aber er kann nicht beide zusammen, sondern nur wahlweise eines von ihnen ausüben; er kann entweder Befreiuung vom Mietzinse für die entsprechende

Zeit (Minderung der Miete) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Ob schon die Erklärung, daß er das eine Recht ausüben wolle, ihn der Befugnis beraubt, hiervon wieder abzugehen und das andere Recht geltend zu machen, kann hier dahingestellt bleiben; denn jedenfalls geht er dadurch, daß das eine Recht von dem Vermieter erfüllt wird und er diese Erfüllung annimmt, des anderen Rechtes verlustig. Das liegt hier vor. Der Kläger hat Befreiung vom Pachtzinse (Minderung des Pachtzinses) für die Zeit vom 1. Mai 1905 ab durch Rückzahlung des für diese Zeit bereits entrichteten Pachtzinses erhalten und angenommen; damit ist das im § 537 bestimmte Recht von ihm ausgeübt und von der Beklagten erfüllt worden. Der Kläger kann daher nicht mehr auf den Schadensersatzanspruch zurückgreifen. Wer von beiden bei der Erfüllung des Rechtes der Pachtminderung die Initiative ergriffen hat, ob also Kläger Minderung des Pachtzinses durch Rückzahlung des für die Zeit vom 1. Mai 1905 ab bereits entrichteten Betrages gefordert und die Beklagte solchem Verlangen entsprochen hat, oder ob diese aus freien Stücken und unaufgefordert dem Kläger den vorbezeichneten Pachtbetrag zurückgezahlt und Kläger ihn angenommen hat, kann einen rechtlichen Unterschied nicht begründen. Auch im letzten Falle hat Kläger das im § 537 bestimmte Recht der Pachtminderung durch Annahme jenes Betrages geltend gemacht und ausgeübt. Da der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der weitere ist und das Verlangen auf Befreiung von der Zahlung des Mietzinses für die betreffende Zeit (die Minderung der Miete) mit umfassen kann, so könnte eine andere Beurteilung nur dann eintreten, wenn der Kläger bei der Empfangnahme des zurückgezahlten Pachtzinses der Beklagten ausdrücklich erklärt oder sonst ihr gegenüber in diesem Zeitpunkt klar erkennbar zum Ausdruck gebracht hätte, daß er jenen Betrag nur als Teil des ihm zustehenden Schadensersatzes annähme. Vielleicht würde es auch genügt haben, wenn nur aus dem früheren Verhalten des Klägers der Beklagten in diesem Zeitpunkt klar erkennbar gewesen wäre oder hätte sein müssen, daß er mehr begehre als nur Pachtminderung, also wenn er vorher solches Verlangen geäußert und bis zur Empfangnahme des Geldes eine Änderung seines Willens nicht hätte hervortreten lassen. Auf die Form der hiernach erforderlichen Erklärung des Klägers kann es nicht ankommen. Es würde daher ausgereicht haben, wenn der Kläger bei der Empfangnahme des Geldes erklärt hätte, daß er sich seine Schadensersatzansprüche vorbehalte, vielleicht auch, wenn er vorher sich dahin geäußert hätte, daß er neben der Pachtminderung Schadensersatz beanspruche. Von allen diesen Dingen hat der Kläger indessen nichts behauptet und dargelegt. Das mußte aber geschehen, da die Tatsache der Empfangnahme des zurückgezahlten Pachtzinses vorliegt und die Zulässigkeit der Erhebung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung sich danach nur in der vorangegebenen Weise rechtfertigen läßt. Den Kläger trifft insoweit die Behauptungs- und Beweislast ..."

624. Pflicht des Dienstherrn, die „Diensträume" ordnungsgemäß zu unterhalten (BGB. § 618). Urt. vom 2. Juni 08, III 6/08.

„Die Beklagte war vertragsmäßig verpflichtet, den Boden der dritten Etage ihres Geschäftshauses, auf dem der bei ihr bedienstete Kläger den Fahrstuhl zu bedienen hatte, so einzurichten und zu unterhalten, daß der Kläger gegen Gefahr für Leben und Gesundheit, soweit nach der Natur dieser Dienstleistung möglich, geschützt war. Zutreffend, insbesondere ohne jede Überspannung dieser Fürsorgepflicht, findet der Berufungsrichter eine Verletzung dieser Vertragspflicht darin, daß der Boden vor der Fahrstuhlöffnung infolge ständiger Durchlässigkeit des über der Fahrstuhlöffnung befindlichen Fensters bei Regen feucht und zugleich durch Auffallen des immer vorhandenen Mehlstaubes glatt war. Daß dieser offensichtlich gefährliche Zustand beseitigt werden konnte, versteht sich von selbst ..."

625. Setzung einer Frist durch den Unternehmer, in der ein Dampfer zur Vornahme der Arbeit auf die Werft zu bringen sei (BGB. §§ 643, 645). Urt. vom 16. Juni 08, III 512/07.

„Die Beklagte hatte dem Kläger den Überbau ihres Dampfers A. übertragen und sollte nach der schließlichen Vereinbarung der Dampfer von der Beklagten spätestens am 22. Dezember 1906 auf die Werft des Klägers in S. gebracht werden. Auf eine Mahnung des Klägers vom 3. Dezember 1906, diesen Termin unter allen Umständen innezuhalten, telegraphierte und schrieb die Beklagte unter dem 12. Dezember, daß der Dampfer erst nach dem Weihnachtsfest eintreffen könne, und unter dem 19. Dezember, daß der Dampfer nicht vor dem 7. Januar 1907 ankommen könne. Darauf schrieb Kläger am 22. Dezember 1906, welcher Brief am 23. Dezember in die Hände der Beklagten kam: ‚Sie werden aufgefordert, den Dampfer A. bis zum 31. Dezember 1906 längs meiner Werft zu legen. Nach Ablauf dieser Ihnen gesetzten Frist werde ich die Annahme der Leistung ablehnen. Meine Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verzögerung und Nichterfüllung behalte ich mir vor' und erhob, als der Dampfer am 31. Dezember 1906 nicht ankam, die jetzt vorliegende Klage, womit er, in erster Linie sich stützend auf § 326, ev. auf die §§ 642 ff. BGB., Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 14 744 ℳ, darunter 5419 ℳ für ihren entgangenen Gewinn, 8000 ℳ für angeschaffte Materialien und etwas über 1000 ℳ für Vorarbeiten und Löhne beansprucht.

Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob der Anspruch nach § 326 oder nach den §§ 642 ff. BGB. an sich zu beurteilen sei; in beiden Fällen, nach § 326 und nach §§ 643, 645 (gemäß § 642 sei ein Anspruch überhaupt nicht geltend gemacht), sei der Anspruch davon abhängig, daß eine angemessene Frist gesetzt sei. Die gesetzte Frist vom 23. bis 31. Dezember sei aber nicht angemessen gewesen. Bei Setzung der Frist habe Kläger die Telegramme und Briefe der Beklagten, wonach das Schiff erst nach Weihnachten und nicht vor dem 7. Januar bei Kläger eintreffen könne, in Händen gehabt. Kläger sei nach seinen eigenen Angaben im Prozesse davon ausgegangen, daß Beklagte das Schiff noch im Spätherbst zu Frachten benutzt habe und daß es sich am 22. Dezember in England befunden habe. Unter solchen Umständen habe Kläger, auch ganz abgesehen davon, daß Beklagte durch Schreiben vom 14. und 18. Dezember dem Kläger mitgeteilt haben wolle, das Schiff habe Havarie erlitten, nicht annehmen dürfen, daß das Schiff bis zum 31. Dezember überhaupt in S. habe gestellt werden können. Der Kläger hätte mindestens der Beklagten so viel Zeit lassen müssen, daß sie die Löschung des Schiffes bewirken und das Schiff mit Ballast nach S. zum Kläger hätte bringen können. Dabei habe er sich vergegenwärtigen müssen, daß gerade die vorliegende Weihnachtszeit die Löschungsarbeiten erschwerte und die Schiffahrt im Winter mit besonderen Schwierigkeiten zu kämpfen habe, welche leicht die Innehaltung der gewöhnlichen Fahrzeit verhinderten. Eine angemessene Frist würde nur dann vorgelegen haben, wenn sie mindestens bis zum 7. Januar ausgedehnt worden wäre.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision kann keinen Erfolg haben. Zunächst mag bemerkt werden, daß der § 326 BGB., was das Berufungsgericht hat dahingestellt sein lassen, hier überhaupt nicht in Betracht kommt, da es sich nicht um die Vertragsgegenleistung, sondern nur um eine Mitwirkung bei der Leistung des Unternehmers handelt, für die in den §§ 642 ff. BGB. besondere Regeln gegeben sind. Nach dem Klagantrag ist auch, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, ein Anspruch aus § 642 überhaupt nicht erhoben, so daß nur die §§ 643, 645 in Frage kommen. Dann ist aber, was auch die Revision nicht verkennt, eine angemessene Fristsetzung die Voraussetzung des Anspruchs. Ob aber im konkreten Fall eine Frist eine angemessene ist, was die Revision in erster Linie zur Geltung bringen will, das ist im wesentlichen eine Sache tatsächlicher Beurteilung und es kann sich daher nur fragen, ob die von der Revision behaupteten Rechts-

irrtümer vorliegen. Die Revision macht geltend, daß das Berufungsgericht den Rechtssatz verkannt habe, daß nicht unter allen Umständen die Frist so lang zu sein brauche, daß bis dahin die Leistung möglich sei, wenn auch noch nichts für die Leistung geschehen sei. Daß aber dieser Rechtssatz verkannt sei, dazu bieten die Ausführungen des Berufungsrichters keinen Anhalt. Es folgert aus den einzelnen aufgeführten Umständen, daß bei solcher Sachlage der Kläger selbst sich habe sagen müssen, daß die Gestellung des Dampfers in der gesetzten Frist überhaupt schwerlich möglich war und er daher selbst die Frist für eine angemessene nicht habe halten können. Das ist nach der Sachlage auch einleuchtend, übrigens auch tatsächlicher Natur. Wenn die Revision auch weiter geltend macht, daß auch das Berufungsgericht die in Betracht gezogenen Verhältnisse gar nicht festgestellt, in dieser Beziehung jede Beweisaufnahme unterlassen habe, daß insbesondere nicht feststehe, ob eine Löschung des Schiffes noch nötig gewesen und ob es sich in England befunden habe, zumal es nach der Behauptung der Beklagten sich in Antwerpen befunden habe, wohin es ohne seine Schuld (wegen Havarie, widriger Winde) verspätet angekommen und festgehalten sei, so brauchte es auf diese von der Beklagten unter Beweis gestellten Umstände, die übrigens auch nicht sowohl die Angemessenheit der Frist, als die Frage schuldhaften Verzuges der Beklagten betreffen, nicht einzugehen, weil es auch ohne diese Umstände die Frist für nicht angemessen erachtete. Ob das Schiff sich in England oder in Antwerpen befand, ist offenbar gleichgültig. Das Berufungsurteil ist dahin zu verstehen, daß nach den Umständen, die dem Kläger bekannt waren, nämlich, daß sich das Schiff im Auslande befand, daß Beklagte ihm ausdrücklich mitgeteilt hatte, das Schiff könne nicht vor dem 7. Januar in S. eintreffen, und daß in der Regel ein Schiff nicht jeden Augenblick abfahren kann, sondern vielleicht noch löschen und Fracht oder Ballast einnehmen muß, daß dies durch die Weihnachtszeit und daß die Fahrt durch den Winter erschwert werde, der Kläger nach billigem Ermessen die Frist nicht so kurz habe setzen dürfen.

Der zweite Angriff der Revision, daß, selbst wenn die gesetzte Frist nicht angemessen gewesen wäre, die Beklagte sich darauf doch nur berufen könne, wenn sie in der wirklich angemessenen Frist geleistet hätte, erledigt sich dadurch, daß die Beklagte sich ausdrücklich zum 7. Januar, welche Frist das Berufungsgericht für angemessen erachtet, zur Leistung bereit erklärt hat. Da Kläger die Annahme des Schiffes zu dieser Frist ablehnte, so war, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, eine Realofferte nicht mehr erforderlich ..."

626. Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Vertragsschluß, obwohl frühere Verhandlungen, bei denen allein er beteiligt war, gescheitert sind (BGB. § 652). Urt. vom 3. Juli 08, III 516/07.

„... Sodann hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Kläger den Verkauf der Güter an die Landbank vermittelt hat. Dieser Verkauf kam in der Weise zustande, daß zunächst ein Vertrag zwischen der Landbank und den W.schen Eheleuten geschlossen wurde, inhalts dessen diese die Güter an die Landbank verkauften unter Vorbehalt des Beitritts der C.schen Eheleute (Vertrag vom 12. Juli 1905), und daß, nachdem dieser Vertrag infolge des Nichtbeitritts der C.schen Eheleute hinfällig geworden war und auch mehrere andere Zwischenverträge zwischen der Landbank und den W.schen Eheleuten nicht zum Ziele geführt hatten, schließlich ein Vertrag zwischen der Landbank und den C.schen Eheleuten vereinbart wurde, inhalts dessen diese die Güter an die Landbank verkauften unter Vorbehalt des Beitritts der W.schen Eheleute (Vertrag vom 16. Oktober 1905) und daß dieser Beitritt erfolgte. Bei den Verhandlungen über den Vertrag vom 16. Oktober 1905 hat der Kläger unbestrittenermaßen nicht mitgewirkt, das Berufungsgericht nimmt aber gleichwohl an, daß er ihn, soweit die W.schen Eheleute in Betracht kommen, vermittelt hat, insofern er nämlich durch seine

Tätigkeit sie veranlaßt habe, mit der Landbank in Verbindung zu treten und mit ihr den Vertrag vom 12. Juli 1905 abzuschließen und insofern die hierdurch bei ihnen erzielte Bereitwilligkeit zum Verkaufe an die Landesbank bestehengeblieben und die späteren Willenserklärungen der W.schen Eheleute und der Landbank, die im Beitritte zum Vertrage vom 16. Oktober 1905 zum Ziele führten, im Grunde auf die Bemühungen des Klägers zurückzuführen seien.

Diese Ausführungen bewegen sich im wesentlichen auf dem Gebiete tatsächlicher Feststellungen. Daß dabei die Begriffe der ‚Vermittlung' und des ‚ursächlichen Zusammenhangs' verkannt seien, wie die Revision rügt, kann nicht anerkannt werden.

Was zunächst die Frage anlangt, ob der Kläger den Vertrag vom 12. Juli 1905 vermittelt hat, so braucht nicht geprüft zu werden, ob die Beklagten dieses in erster Instanz zugestanden und das Geständnis in zweiter Instanz nicht zu beseitigen vermocht haben. Denn das Berufungsgericht hat als zweiten selbständigen Entscheidungsgrund zu dieser Frage die tatsächliche Feststellung getroffen, daß gerade der Kläger es war, der die W.schen Eheleute, die vorher nicht geneigt gewesen wären, an die Landbank zu verkaufen, dazu veranlaßt hat, die Verhandlungen mit diesem Institute einzuleiten. Um die Vermittlung eines Vertrags durch einen Mäkler annehmen zu können, genügt es, daß die Tätigkeit des Mäklers für das Zustandekommen des Vertrags mitwirkende Ursache gewesen ist, und solches liegt vor, wenn der Mäkler den Eintritt in die Vertragsverhandlungen zwischen den Vertragsparteien veranlaßt hat (Urt. des Senats vom 26. März 07 in der Sache III 280/06 und vom 3. Dez. 07 in der Sache III 191/07). Letzteres ist für den vorliegenden Fall unter vollständiger Berücksichtigung der Beweisergebnisse prozeßgerecht festgestellt worden.

Vom Rechtsstandpunkte aus ist auch dagegen nichts einzuwenden, daß das Berufungsgericht, trotzdem der Vertrag vom 12. Juli 1905 hinfällig wurde, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Klägers, die unmittelbar nur diesem Vertrage gegolten hatte und dem späteren Vertrage vom 16. Oktober 1905 angenommen hat. Denn der Begriff des Kausalzusammenhangs erfordert nicht, daß die Tätigkeit des Mäklers die alleinige Ursache des Erfolges gewesen sein müsse, daß durch sie sämtliche Hindernisse des erstrebten Vertragsschlusses hinweggeräumt werden müßten, oder daß sie sich — abgesehen von besonderer Abrede — gerade auf die Beseitigung einer Hauptschwierigkeit bezogen haben müsse, es genügt eine Tätigkeit, die nach den gewöhnlichen Regeln der adäquaten Verursachung als notwendige Bedingung des eingetretenen Erfolges anzusehen ist. Auch wenn die Verhandlungen zunächst einmal gescheitert waren, kann dieser Zusammenhang bestehen, sofern nämlich die Fortwirkung der ursprünglichen Tätigkeit des Mäklers in der Richtung auf den Vertragsschluß festgestellt werden kann (JW. 84, 284 Nr. 47; 00, 861 Nr. 26; 01, 90 Nr. 31; Urt. des 6. ZS. des RG. vom 29. März 99 in der Sache VI 22/99 und des erkennenden Senats vom 2. Mai 05 in der Sache III 440/04 und vom 3. Dez. 07 in der Sache III 191/07). Ob das letztere zutrifft, ist im einzelnen Falle Sache der tatsächlichen Würdigung. Hier ist diese Feststellung getroffen, ohne daß ein rechtlicher Verstoß erkennbar wäre. Den Umstand, daß der zweite Vertrag gegenüber dem ersten eine veränderte Kaufpreissumme zeigt, hat das Berufungsgericht erwogen. Es hat aus ihr kein Bedenken gegen die Fortentwicklung der vom Kläger erzielten Bereitwilligkeit der W.schen Eheleute zum Vertragsabschlusse hergeleitet und konnte dies ohne weiteres tun, da der Preis im zweiten Vertrage den Verkäufern günstiger ist . . ."

627. Rechtliche Natur der Tätigkeit einer Zeichnungsstelle (BGB. § 675; HGB. § 189). Urt. vom 29. Mai 08, III 491/07.

„. . . Die Tätigkeit einer Zeichnungsstelle geht der Regel nach lediglich dahin, daß sie im Auftrage der Ausgeberin der Aktien die Zeichnungen ent-

gegenzunehmen und demnächst die darauf entfallenden Aktien an die Zeichner auszuhändigen hat. Die Vermittlung einer Willenseinigung, überhaupt die Einwirkung auf den Willen des einen oder andern künftigen Vertragsteils, damit ein Vertrag zustande komme, wie sie für die Tätigkeit des Mäklers kennzeichnend ist, liegt an sich der Obliegenheit einer Zeichnungsstelle gänzlich fern. Diese waren unter der Herrschaft des PrALR. lediglich Beauftragte i. S. des § 5 Teil I Titel 13, und zwar Beauftragte der Ausgeberin der Aktien und sie sind nach dem Rechte des BGB. zur Dienstleistung Verpflichtete, die i. S. des § 675 eine Geschäftsbesorgung durch den Dienstvertrag mit der Emittentin übernommen haben. Sie stehen demgemäß nach beiden Rechten nur in einem Vertragsverhältnisse zu der Ausgeberin der Aktien, es sei denn, daß besondere Umstände auch ein solches Verhältnis zu den Zeichnern begründen . . ."

628. Verschulden bei der Anordnung, Reisig im Walde zu verbrennen (BGB. § 823). Urt. vom 1. Juni 08, VI 489/07.

Der Beklagte hatte der Firma J. das auf einer größeren Fläche seines Gutes anstehende Holz verkauft, während ihm das Reisig blieb. Bei dessen Menge war eine Verwertung nur zu einem Teile möglich, während große Reisigmassen auf dem abgeholzten Waldstücke verbrannt wurden. Eines Vormittags wurde eine solche Verbrennung an einer andern Stelle des Forstes vorgenommen. Sie war vom Förster L. angeordnet und erfolgte durch Waldarbeiter unter Leitung des Vorarbeiters K. Das Wetter war trocken, die Luft mindestens mäßig bewegt.

Der Beklagte, der dazu kam, wurde von K. gefragt, ob nach Beendigung dieser Verbrennung eine solche im Jagen 13 erfolgen dürfe. Der Beklagte bejahte das, gebot aber, sofort aufzuhören, wenn der Wind stärker werde. Mittags fing dann K. dort mit zwei Arbeitern mit dem Verbrennen an. Im Jagen 13 lagerten ausgedehnte Reisigwellen, zwischen denen aufgearbeitete Hölzer der Firma J. aufgestapelt waren. K. teilte von einer Reisigwelle 20 m so ab, daß sie von der übrigen Welle durch einige Meter Abstand getrennt waren und ergriff durch Auswerfen eines kleinen Grabens und durch Bewerfen der Seiten des Abschnitts mit Sand Maßnahmen, wodurch die Ausbreitung des Feuers über den Abschnitt hinaus verhindert werden sollte. Nachdem jedoch der Abschnitt angezündet war, verstärkte sich der Wind erheblich und änderte seine Richtung, so daß es K. und den zwei Arbeitern, zu denen nach bereits gefährlicher Ausbreitung des Feuers ein dritter kam, nicht gelang, das Feuer auf den Abschnitt zu beschränken. Vielmehr wurde durch die seitwärts getriebenen Flammen auch nahes Holz der Firma J. in Brand gesetzt.

Die Klägerin, bei der das Holz gegen Feuersgefahr versichert war und die der Firma ihren Schaden ersetzt hat, verlangt vom Beklagten Erstattung der gezahlten Summe, weil der Brand durch seine Fahrlässigkeit oder durch Verschulden seiner Leute verursacht sei.

Aus den Gründen:

„. . . Der Beklagte hatte, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, keine Fachkenntnisse im Gebiete des Forstwesens und er hatte die Forstarbeiten, die durch die Abbringung des an die Firma J. verkauften Holzes nötig wurden, insbesondere auch die Beseitigung des unverwertbaren Reisigs und Abraums dem in seinem Dienste stehenden Förster L. übertragen. Auch ohne Fachkenntnisse konnte dem Beklagten nicht zweifelhaft sein, daß die Verbrennung von Reisigmassen, die in nur geringer Entfernung von großen Mengen geschlagenen Holzes auf der abgeholzten Waldfläche lagerten, eine Maßnahme sei, die nur unter besonderen Verhältnissen statthaft sei und immer größte Vorsicht erfordern. Auch das mußte sich der Beklagte sagen, daß trockenes Wetter und bewegte Luft Umstände seien, durch welche die mit jener Maßnahme verbundenen Gefahren wesentlich gesteigert und durch deren Vorliegen ihre Zu-

lässigkeit daher nach Befinden völlig ausgeschlossen werde. Gerade weil der Beklagte über wirkliche Fachkenntnis in der Forstwirtschaft nicht verfügte, sich daher ein Urteil darüber, ob bei dem Wetter, das am 10. Mai 1905 herrschte, das Abbrennen von Reisig auf dem Jagen 13 statthaft erscheine, nicht zutrauen durfte, handelte er unvorsichtig, wenn er ohne Verständigung mit L. seine Zustimmung dazu gab, daß K. nach Beendigung der Arbeit, bei der ihn der Beklagte betroffen hatte, mit der Reisigverbrennung auf dem Jagen 13 vorgehe. Der Umstand, daß das Verbrennen von Reisig an der Stelle, wo der Beklagte das Gespräch mit K. hatte, von L. angeordnet worden war, gestattete noch nicht ohne weiteres die Folgerung, daß L. unter den gegebenen Verhältnissen auch die Verbrennung des Reisigs im Jagen 13 für statthaft ansehen würde. Hinzu kommt, wie von der Vorinstanz mit Recht hervorgehoben worden ist, daß der Beklagte es unterlassen hat, von der Anordnung, die er gegenüber K. getroffen hatte, den Förster L. alsbald zu benachrichtigen und diesen dadurch in den Stand zu setzen, wenn er es für nötig hielt, die angeordnete Maßregel noch zu verhindern oder wenigstens besondere Schutzmaßregeln zu treffen und die Ausführung der Arbeit selbst zu beaufsichtigen . . ."

629. Ist der Automobilbesitzer verpflichtet, dafür zu sorgen, daß bei Schlackerwetter die Schutzscheibe entfernt wird, bevor sie durch Schnee und Regen beschlagen und undurchsichtig wird? (BGB. §§ 823, 831). Urt. vom 2. Juli 08, VI 461/07.

„Das Berufungsgericht hat bedenkenfrei festgestellt, daß der Zusammenstoß des Automobils des Beklagten mit der Droschke des Klägers dadurch mit verursacht wurde, daß die Schutzscheibe des Automobils durch Schnee und Regen beschlagen wurde, so daß der Fahrer die Fahrbahn nicht übersehen konnte und die Droschke nicht wahrnahm.

Das Berufungsgericht nimmt weiter an, der Beklagte habe bei nur geringer Überlegung erkennen können, daß durch das Schlackerwetter, das bereits zu Beginn der Fahrt herrschte, die Schutzscheibe undurchsichtig und dem Fahrer der Überblick über die Fahrbahn entzogen werden würde, hierdurch aber ein für fremdes Leben und Eigentum gefährlicher Zusammenstoß mit einem andern Fuhrwerk eintreten könne. Der Beklagte hätte deshalb als Besitzer und Benützer des Automobils vor dem Antritt der Fahrt darauf, ob die Schutzscheibe beseitigt war, achten und ihre Beseitigung anordnen müssen. Die Unterlassung dieser Maßnahme mache ihn ersatzpflichtig.

Die Revision sieht in der Anforderung des Berufungsgerichts eine Überspannung der Aufsichtspflicht des Automobilbesitzers. Habe er einen tüchtigen Chauffeur, so dürfe er sich darauf verlassen, daß dieser die für die Fahrt nötigen Vorkehrungen treffen werde. Die Schutzscheibe beschlage sich auch nicht sofort, sondern erst nach einiger Zeit und der Fahrer könne sie, sobald sie undurchsichtig werde, mittels eines Handgriffs während der Fahrt entfernen. Daher sei es nicht fahrlässig, bei Schlackerwetter zunächst mit heruntergelassener Scheibe zu fahren. Gegenüber dem Bestreiten des Beklagten fehle auch die Feststellung, daß der Beklagte gewußt habe, das Schlackerwetter werde die Scheiben eines dahinfahrenden Automobils undurchsichtig machen.

Zwar war entgegen der letzteren Bemängelung dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß der Automobilbesitzer ebenso wie jeder Mensch mit mittlerer Einsicht sich sagen muß, daß bei Schnee und Regen die Scheiben eines Fahrzeuges sich während der Fahrt beschlagen werden. Dagegen halten die Erwägungen des Berufungsurteils dem Hauptangriff der Revision nicht stand.

Es kann dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Verhältnissen der Automobilbesitzer, der einen verlässigen Fahrer angestellt habe, gehalten ist, sich vor dem Antritt der Fahrt persönlich um die Ausrüstung des Fahrzeugs

zu kümmern und die Abstellung von Mängeln anzuordnen. Jedenfalls vermag der erkennende Senat bei dem Sachverhalt, wie er hier vorliegt, nicht anzuerkennen, daß der Beklagte, der, wie das Berufungsgericht unterstellt, einen bewährten Fahrer in Diensten hatte, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat, weil er bei Schnee und Regen vor einer Ausfahrt zur Nachtzeit sein Fahrzeug bestieg, ohne es vorher einer Besichtigung unterzogen und dem Fahrer die Entfernung der Schutzscheibe befohlen zu haben. Denn er durfte darauf vertrauen, daß der Fahrer, sobald das Wetter gegen die Scheibe schlug, diese, bevor sie undurchsichtig wurde, pflichtmäßig beseitigen werde, zumal wenn die Beseitigung, wie der Beklagte behauptet, sich während der Fahrt mittels eines Handgriffes bewerkstelligen ließ.

Ob die Beurteilung sich verschöbe, wenn die Schutzscheibe überhaupt nicht dazu bestimmt wäre, dem Fahrer gegen Witterungseinflüsse, die wie Schnee und Regen das Glas beschlagen und seine Durchsichtigkeit aufheben, Schutz zu bieten, dies dem Beklagten bekannt gewesen wäre und er beim Einsteigen die heruntergelassene Schutzscheibe bemerkt hätte, braucht nicht erörtert zu werden, da Kläger keine dahingehenden Behauptungen aufgestellt hat . . ."

630. Verpflichtung einer Gemeinde, die Straßenarbeiten durch einen Unternehmer ausführen läßt, selbst für die Verkehrssicherheit zu sorgen, auch wenn ihr gegenüber der Unternehmer diese Fürsorge übernommen hat, und nötigenfalls den Weg zu beleuchten, obwohl die Beleuchtung sonst nicht üblich ist. Haftung des Unternehmers bei der Kenntnis von gefährlichen Verkehrshindernissen, obwohl er die Arbeit tüchtigen Leuten übertragen hat. Wann kann ein mitwirkendes Verschulden des verletzten Passanten angenommen werden? (BGB. §§ 823, 831, 276, 254). Urt. vom 11. Juni 08, VI 466/07.

Der Kläger ist nachts auf einem an den Häusern entlang führenden Fußweg über einen Steinhaufen gefallen, der wegen völliger Dunkelheit nicht erkennbar war, und hat sich dabei verletzt. Die beklagte Gemeinde hatte die Pflasterung der betreffenden Straße dem beklagten Unternehmer übertragen, der sie durch seinen Polier ausführen ließ. Der Unternehmer hatte Steine anfahren lassen, die auf dem Fußwege nach dem Fahrdamm zu aufgeschichtet wurden, wobei an der Unfallstelle etwa 1½ m Raum bis zum Vorgarten des anliegenden Grundstücks blieben. Der Raum wurde aber mindestens eine Woche vor dem Unfalle weiter dadurch beengt, daß Arbeiter die Steine mehr nach dem Vorgarten zu schichteten. Über diesen Steinhaufen fiel der Kläger.

Aus den Gründen:

„. . . Der Zustand, in welchem sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Zeit des Unfalles des Klägers der Zustand des Fußweges der G.-Straße zu S. infolge der von der Gemeinde dort vorgenommenen und an zwei Unternehmer in Auftrag gegebenen Pflasterungs- und Gasleitungsarbeiten befand, erheischte zur Sicherheit der auf dem Wege verkehrenden Menschen, daß die dort aufgeschichteten Steinhaufen bei eingebrochener Dunkelheit durch Anbringung von Laternen erkennbar gemacht wurden. Die Sorge für die Verkehrssicherheit lag in erster Linie der Gemeinde ob, deren Verkehrszwecken die Straße diente und von der die Straße zu unterhalten war. Nach den von dem erkennenden Senat in mehreren Entscheidungen (JW. 05 S. 284 Nr. 8, 486 Nr. 4) ausgesprochenen Leitsätzen kann eine Gemeinde die Anordnung der für die Sicherheit des Publikums auf den öffentlichen Straßen und Wegen erforderlichen Maßnahmen nicht schlechthin den Unternehmern, denen sie die dort vorzunehmenden Arbeiten übertragen hat, auferlegen; die Fürsorge für die Verkehrssicherheit ist ihre eigenste Verpflichtung und wenn, was selbstverständlich an sich nicht ausgeschlossen ist, die Gemeinde vertragsmäßig den Unternehmern die Anbringuug der Sperr- und Sicherheitseinrichtungen zur Pflicht macht, hat sie durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter die Aufsicht

darüber zu führen, daß die geeigneten Maßregeln für die Sicherheit des Verkehrs während der Dauer der Straßenarbeiten auch getroffen werden. Im gegebenen Falle hat der gefährliche Zustand des Weges längere Zeit fortgedauert; die Steinhaufen waren bereits am 18. oder 19. November 1904 auf dem Bürgersteige der G.-Straße aufgeschichtet worden und sie waren mindestens eine Woche vor dem Unfalle, der sich in der Nacht zum 8. Dezember ereignete, noch mehr in den Weg hinein nach den Häusern zu geworfen worden. Während dieser Zeit mußte die Notwendigkeit einer Beleuchtung des Bürgersteiges auf der Strecke, die durch das Verkehrshindernis betroffen wurde, bei geordneter Aufsichtsführung unter allen Umständen den Vertretern der Gemeinde erkennbar und die aus diesem Zustande für das verkehrende Publikum drohende Gefahr von ihnen durch eigene zweckentsprechende Maßnahmen beseitigt werden. Kann von einer Landgemeinde, wie S., worin der Revision dieser Beklagten beizutreten ist, auch nicht verlangt werden, daß sie eine regelmäßige Straßenbeleuchtung die ganze Nacht hindurch einrichtet, so verhält es sich doch anders mit außergewöhnlichen Verkehrshindernissen, die das Passieren der Straßen mit besonderen Gefahren verbinden. Diese Verkehrshindernisse, die auch den einheimischen, mit der Örtlichkeit sonst vertrauten Passanten gefährlich werden, müssen stets in deutlicher Weise erkennbar und dadurch ungefährlich gemacht werden.

Die Landgemeinde S., deren Vertreter es versäumt haben, in dieser Richtung eine Fürsorge für die Verkehrssicherheit auf dem Bürgersteige der G.-Straße während der Dauer der Pflasterungs- und Gasbeleuchtungsarbeiten zu treffen, kann sich deshalb der Verantwortung für den Unfall des Klägers, der auf diese Unterlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt seitens ihrer Organe zurückzuführen ist, nicht entschlagen.

Aber auch der Beklagte W. ist von dieser Verantwortung nicht schlechthin dadurch entlastet, daß er einem tüchtigen und zuverlässigen Polier die Ausführung der Pflasterarbeiten nebst allen dabei für die Sicherheit der Straße erforderlichen Schutzmaßregeln übertrug. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den Beklagten W., der in D. wohnt und ein Tiefbaugeschäft von größerem Umfange betreibt und der nach der Feststellung des Berufungsgerichts um die Zeit des Unfalles andere größere, in D. auszuführende Arbeiten übernommen hatte, nicht für verpflichtet erachtet, ohne besondere Veranlassung eine persönliche Überwachung des ihm als zuverlässig bekannten Poliers an Ort und Stelle eintreten zu lassen. Aber es ist rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht ein Verschulden des Beklagten W. an dem Unfalle des Klägers auch dann noch verneint, wenn er, wie der Kläger behauptet und unter Beweis gestellt hat, vor dem Unfalle die gefährliche Lagerung der Steine auf dem Fußwege der Straße bei persönlicher Anwesenheit in S. selbst gesehen hat oder auf diese aufmerksam gemacht und zur Entfernung der Steinhaufen aufgefordert worden ist, weil die Leute darüberfielen, oder wenn ihm sogar andere Einzelfälle besonders mitgeteilt worden sind, in denen, sei es auch an anderer Stelle, aber doch infolge desselben Verkehrshindernisses vor dem Unfalle des Klägers andere Personen in der Dunkelheit über die Steinhaufen gestürzt waren. Wenn der Beklagte W. trotz solcher auf die eine oder andere Art von ihm erlangten Kenntnis von dem gefährlichen Zustande der Straße, der durch seine Leute geschaffen war, es unterließ, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die für das Publikum aus diesem Zustande bei der Dunkelheit, die zumal in dem hier in Rede stehenden Wintermonat einen größeren Teil der Tageszeitdauer beherrscht, drohenden Gefahren zu beseitigen, so hat auch er nach BGB. §§ 276, 823 Abs. 1 die Körperverletzung des Klägers durch Außerachtlassung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt herbeigeführt und ist für deren Folgen haftbar.

Das Berufungsgericht findet ein eigenes mitwirkendes Verschulden des Klägers bei dem Unfalle, für das es ihm die Hälfte des eingetretenen Schadens gemäß BGB. § 254 selbst aufbürdet, darin, daß er, obwohl er am Tage

vorher auf dem Wege von St. nach S. bei heller Beleuchtung den Zustand des fraglichen Bürgersteiges gesehen habe, nicht in der Nacht für den Rückweg eine Laterne mitgenommen, oder den Fußweg vermeidend, den zwar ausgefahrenen und schmutzigen, aber passierbaren Fahrweg gewählt hat. Auch hierüber beschwert sich der Kläger mit Recht. Wenn er den Weg am Tage vorher, sei es bei Tageslicht, sei es bei Straßenbeleuchtung, passiert hat und hierbei die Lagerung der Steinhaufen gesehen hat, so mußte er hierdurch nicht auf den Gedanken gebracht werden, daß der fragliche Bürgersteig beim Rückwege ganz unbeleuchtet und dadurch gefährlich sein werde; er war berechtigt anzunehmen, daß die Gemeinde und die Unternehmer die Maßregeln, die erforderlich waren, um die Gefahren der lagernden Steinhaufen in der Dunkelheit zu beseitigen, getroffen haben würden, daß entweder an diesen Haufen Sicherheitslaternen angebracht sein würden, die sie kenntlich machten, oder daß die Gemeinde, dem außergewöhnlichen Zustande Rechnung tragend, ein paar Straßenlaternen auch in der Nacht dort würde brennen lassen. Daß er von vornherein auf den Rückweg eine Laterne nicht mitnahm, kann ihm deshalb zum Verschulden nicht angerechnet werden. Als der Kläger auf dem Heimwege die G.-Straße passierte, fand er — s. Entscheidungsgründe des Berufungsurteils S. 15 in Verb. mit den Aussagen der Zeugen B., S. und P. Bd. 1 Bl. 111, 112r, 113r — an der Stelle, wo die Pflasterarbeiten begannen, eine Schutzlaterne, die auf diese aufmerksam machte, vor. Er durfte deshalb wohl die Wegestrecke beschreiten in der Annahme, daß an gefährlichen Stellen weitere Sicherheitslaternen angebracht sein würden. Eine Umkehr mitten auf dem Wege, die zudem dieselben Gefahren bot, wie das Weiterschreiten, war ihm bei der örtlichen Lage, die infolge der starken Erhöhung des Bürgersteiges über die Fahrstraße ein Hinübergehen von dem einen auf die andere an einer beliebigen Stelle der Straße ausschloß, nicht wohl anzusinnen. Ein Verschulden des Klägers würde vielmehr nach der ganzen Sachlage nur darin gefunden werden können, daß er nicht, wie anscheinend die übrigen Festteilnehmer aus St., die ohne Unfall die gefährliche Wegestrecke passiert haben, vorsichtig an den Häusern und Hausgittern entlang vor oder hinter seiner Ehefrau, sondern neben seiner Ehefrau, die er angefaßt hielt, gegangen ist, wodurch er mehr in die Wegemitte geriet und der Gefahr, über die Steinhaufen zu stürzen, ausgesetzt wurde. Er will gewöhnt sein, mit seiner Ehefrau in dieser Weise zusammenzugehen, weil er auf dem einen Ohre fast taub sei. Da ihm hierdurch augenblicklich aber keine Gefahr drohte, dagegen die Gefahr der in der Dunkelheit nicht erkennbaren Steinhaufen, die auf dem Wege lagerten, zu überwinden war, hätte diese Sachlage dem Kläger vielleicht geboten, für die gefährliche Wegestrecke von seiner sonstigen Gewohnheit abzuweichen.

Ob dieses Verhalten dem Kläger zum Verschulden angerechnet werden kann dergestalt, daß ihm bei der Abwägung gegenüber dem festgestellten Verschulden der beklagten Landgemeinde S. und dem etwa nach Maßgabe der vom Kläger angetretenen Beweise noch festzustellenden Verschulden des Beklagten W. gemäß BGB. § 254 ein Teil des Schadens selbst aufzuerlegen wäre, muß der weiteren Verhandlung vor dem Berufungsgerichte, an das die Sache gemäß ZPO. § 565 Abs. 1 unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, insoweit dieses die Klage gegen den Beklagten W. ganz und gegen die beklagte Landgemeinde zur Hälfte abweist, zurückzuverweisen war, vorbehalten bleiben . . ."

681. Bezeichnung eines Apfelproduktes als „Backobstwasser" (BGB. §§ 826, 823 Abs. 1). Urt. vom 11. Juni 08, VI 295/07.

„. . . Die Vorinstanzen halten den Klaganspruch für begründet, weil in der von der Klägerin beanstandeten Anzeige ein Verstoß gegen die guten Sitten liege, durch den der Klägerin vorsätzlich Schaden zugefügt werde, und

somit eine Zuwiderhandlung gegen BGB. § 826 vorliege. Das Berufungsgericht führt aus: Die Bezeichnung des von der Klägerin hergestellten P . . . als eines billigen, aber gehaltsarmen Backobstwassers könne vom Zeitungsleser beim Fehlen einer Erläuterung nur dahin verstanden werden, daß es sich um ein billiges und schlechtes Genußmittel handle, durch dessen Erwerb man sich schädige, und zweifellos habe diese Beurteilung den Absatz des P . . . beeinträchtigt. Zweifellos habe die Beklagte auch vorausgesehen, daß ihre Anzeige jene Auslegung finden und diesen Erfolg für die Klägerin haben werde; sie habe dem Publikum ihr herabsetzendes Urteil ohne jede Unterlage für eine selbständige Nachprüfung kundgegeben und hierzu sich auch nach den vorgelegten Gutachten nicht für befugt halten können. Nach diesen sei das P . . . nicht als an sich geringwertig zu bezeichnen, wie es die Anzeige der Beklagten tue. Diese selbst lasse es als für Erfrischungszwecke brauchbar gelten; es sei daher anzunehmen, daß sie sich allein von der Absicht habe leiten lassen, das Erzeugnis der Klägerin zu verunglimpfen.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen und wendet sich insbesondere gegen die Auslegung der Anzeige durch das Berufungsgericht; sie weist darauf hin, daß das angefochtene Urteil eine Beurteilung des ganzen Zusammenhangs und des Zwecks der Anzeige vermissen lasse, der offensichtlich dahin gegangen sei, dem Publikum zu zeigen, daß der Weinmost der Beklagten ein ganz anderen Zwecken dienendes, teuereres, aber auch weit wertvolleres Erzeugnis sei, als gewisse andere Obstgetränke.

Diesen Ausführungen ist im wesentlichen beizutreten. Da das Berufungsgericht den Inhalt der Anzeige und den Zweck, den die Beklagte mit ihr verbunden hat, lediglich dieser selbst und der Stellung der Parteien im geschäftlichen Leben zueinander entnommen hat, so handelt es sich insoweit nicht um eine konkrete tatsächliche Feststellung, sondern um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung durch das Berufungsgericht vom Revisionsgericht nachzuprüfen ist. Diese Nachprüfung führt zu dem Ergebnis, daß dafür, daß die Beklagte sich habe von der Absicht leiten lassen, das Erzeugnis der Klägerin zu verunglimpfen und als ein schlechtes Genußmittel hinzustellen, durch dessen Genuß man sich (pekuniär) schädige, nicht der geringste Anhalt gegeben ist. Die Bezeichnung des P . . . als eines billigen, aber gehaltsarmen Backobstwassers enthält nach dem Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt der Anzeige nichts objektiv Unrichtiges; denn nach der von den Parteien im wesentlichen übereinstimmend angegebenen Herstellungsweise ist es ein Produkt, das durch Auslaugen getrockneter Äpfel mit Wasser gewonnen wird. Es liegt auf der Hand, daß ein solches P . . . jedenfalls im Vergleich zu dem in der Anzeige erwähnten ‚vollwertigen edlen Traubensaft‘ als ein gehaltsarmes bezeichnet werden darf und der Ausdruck ‚Backobstwasser‘ besagt weiter nichts, als daß das P . . . durch Auslaugen getrockneter Äpfel mit Wasser hergestellt wird. Mag auch der Ausdruck etwas drastisch erscheinen, so geht er doch nicht über das im wirtschaftlichen Kampfe erlaubte Maß hinaus, keinesfalls kann in seinem Gebrauch ein Verstoß wider die guten Sitten gefunden werden. Vielmehr dient das Verfahren der Beklagten einem erlaubten und berechtigten Zweck, namentlich wenn man berücksichtigt, daß die Anzeige das P . . . lediglich zum Vergleiche mit der von der Beklagten vertriebenen Ware erwähnt; insbesondere besagt sie keineswegs, daß es ein ‚schlechtes‘ oder ein — wenn auch nur pekuniär — ‚schädliches‘ Genußmittel sei. Entfällt somit die Anwendbarkeit des BGB. § 826, so könnte es sich nur noch fragen, ob etwa ein widerrechtlicher Eingriff in einen eingerichteten Gewerbebetrieb vorliegt (§ 823 Abs. 1). Von einer Widerrechtlichkeit des Eingriffs kann aber nicht die Rede sein, weil die beanstandete Bezeichnung des P . . . im Vergleich zu der von der Beklagten hergestellten Ware der Wahrheit entspricht. Unerheblich ist es dabei, daß sie in der Absicht vorgenommen worden, das eigene Produkt herauszustreichen und in dem Bewußtsein, dadurch den Absatz der Klägerin zu schmälern. Denn jedermann hat das Recht, das Publikum

auf die Vorteile und Nachteile des Bezugs von Waren in wahrheitsgemäßer Weise hinzuweisen. Etwas anderes als jene Absicht und dieses Bewußtsein läßt sich aus der von der Klägerin beanstandeten Anzeige nicht entnehmen ..."

632. Wirkliche Schädigung als Voraussetzung eines Anspruchs aus BGB. § 826 (BGB. § 826). Urt. vom 6. Juli 08, VI 539/07.

„... Für die Beurteilung der Handlungsweise des Beklagten danach, ob sie einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte, kam es nicht bloß darauf an, daß die Bezeichnung der Ware als Pappleinen geeignet war, das kaufende Publikum irre zu führen; der Beklagte muß eine Täuschung tatsächlich gewollt haben. Und was die illoyale Schädigung betrifft, so genügt es gleichfalls nicht, daß die Klägerin durch das Verfahren des Beklagten einen Schaden erleiden konnte; vielmehr wäre von der Klägerin zur Begründung ihrer Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz darzutun, daß sie durch die fälschliche Bezeichnung der Ware seitens des Beklagten in ihrem Vermögen geschädigt worden ist bzw. fernerhin geschädigt sein würde. Zu dem Vorsatze einer Schädigung auf seiten des Beklagten wäre zwar nicht unbedingt zu erfordern, daß derselbe gerade speziell der Klägerin unlautere Konkurrenz machen wollte, es würde genügen, wenn er sich dessen bewußt war, daß durch sein Vorgehen ein gewisser Kreis seiner Erwerbsgenossen, welchem auch die Klägerin angehörte, geschädigt werden konnte. Aber klagberechtigt aus BGB. § 826 ist nur der wirklich Geschädigte, nicht wie bei § 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 als vermutlich Geschädigter (Verletzter) jeder Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den Verkehr bringt (RGZ. 60, 418; Finger l. c. S. 381). Darüber, ob der Klägerin infolge der Handlungen des Beklagten ein Vermögensschaden entstanden ist und entstehen würde, hatte, soweit dies für eine Vorabentscheidung über den Schadensersatzanspruch nach ZPO. § 304 und für eine Verurteilung zur Unterlassung festzustellen war, das Berufungsgericht allerdings gemäß ZPO. § 287 nach freier Überzeugung zu entscheiden. Doch war die Entscheidung zu treffen ‚unter Würdigung aller Umstände' und nach allseitiger Klarstellung des Sachverhalts (ZPO. § 139) ..."

633. „Beteiligte" im Sinne von BGB. § 830 Satz 2 (BGB. § 830 Satz 2). Urt. vom 11. Juni 08, VI 561/07.

„... Das Berufungsgericht hat auf Grund einwandfreier Beweiswürdigung folgendes festgestellt: S. R. ist gegen den Kläger, von dem er sich beleidigt glaubte, tätlich geworden. In diesen Streit hat sich später J. R. eingemischt, indem er den Kläger packte und auf den Kopf schlug. Als dann J. R. vom Kläger abgelassen hatte, hat S. R. diesen nochmals zu Boden geworfen und geschlagen. Es ist nicht aufgeklärt, wann im Verlauf dieser Streitigkeiten und von wem der Kläger die Kopfverletzungen erhalten hat, die seine ärztliche Behandlung nötig gemacht und seine Dienstunfähigkeit verursacht haben. Aber es wird für bewiesen erachtet, daß jeder der beiden Beklagten dem Kläger Mißhandlungen zugefügt hat, die geeignet waren, den Schaden zu verursachen, für den Ersatz beansprucht wird. Damit hält das Berufungsgericht den im § 830 Satz 2 vorausgesetzten Tatbestand für gegeben. Die Revision bestreitet das, indem sie ausführt, die Beklagten hätten nur zum Teil gemeinsam gehandelt, zu Anfang und Ende des Streits habe aber erwiesenermaßen S. R. allein gehandelt und an diesen unerlaubten Handlungen des letzteren sei J. R. nicht beteiligt. Dieser Einwand beruht auf einer irrigen Auslegung des Gesetzes, die keine Stütze findet in dem dafür angeführten Urteil des erkennenden Senats vom 30. Juni 1904 (RGZ. 58, 357).

Wie dort bereits dargelegt ist, handelt Satz 2 des § 830 von dem Falle, wo mehrere, jeder für sich, unerlaubte Handlungen begehen, zwischen denen ein rechtlicher Zusammenhang nicht besteht, weil jeder selbständig handelt,

keiner Mittäter, Anstifter oder Gehilfe des andern ist. Ist bei solcher Gelegenheit ein Schaden verursacht, ohne daß ermittelt werden kann, durch welche der mehreren unerlaubten Handlungen, so soll jeder Beteiligte haften. Beteiligt kann hier also nicht bedeuten: beteiligt an der Handlung des anderen, sondern beteiligt an dem Vorgange, der sich aus mehreren selbständigen Handlungen der einzelnen zusammensetzt. Es muß hiernach zwischen diesen ein tatsächlicher Zusammenhang bestehen, der es rechtfertigt, die gesamten Handlungen als einen einheitlichen Vorgang aufzufassen, an dem der einzelne beteiligt ist. Wann dieses der Fall ist, wird stets nur auf der Grundlage der Besonderheiten des Einzelfalles entschieden werden können. Im vorliegenden Falle ist es nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht den Streit des Klägers mit den Beklagten am Abend des 24. Januar 1904 als einen einheitlichen, örtlich und zeitlich zusammenhängenden Vorgang auffaßt, an dem beide Beklagte beteiligt gewesen sind . . ."

684. 1. Maß der Sorgfalt bei der Auswahl eines Automobilführers (BGB. § 831). **2. Vorabentscheidung über den Grund, obwohl nicht feststeht, ob der Schadensersatz durch eine Rente oder Kapitalabfindung zu leisten ist** (ZPO. § 304). Urt. vom 15. Juni 08, VI 341/07.

„Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Unfall, der zur tödlichen Verletzung des Ernährers der Kläger geführt hat, einerseits durch dessen eigene Unvorsichtigkeit beim Überschreiten der Straße, andererseits dadurch herbeigeführt worden, daß der Lenker des Kraftwagens M. mit einer unter den gegebenen Verhältnissen unstatthaften Schnelligkeit fuhr und den Vorgängen auf der Fahrbahn nicht die gebotene Aufmerksamkeit widmete.

Gegen diese Feststellungen sind, soweit sie das Verschulden M.s betreffen, keine Einwendungen erhoben worden, wohl aber hat die Revision Angriff gegen die weitere Annahme der Vorinstanz gerichtet, daß der von der beklagten Gesellschaft gemäß BGB. § 831 unternommene Entlastungsbeweis nicht erbracht sei. Diese Angriffe haben indes nicht als begründet erachtet werden können.

Wie der erkennende Senat schon oftmals ausgesprochen hat, kann eine Person, der die selbständige Leitung eines zu schneller Fortbewegung bestimmten Gefährts an verkehrsreichen Orten übertragen werden soll, hierzu nur dann als geeignet angesehen werden, wenn sie neben den dazu nötigen technischen Fertigkeiten auch die zur Bewältigung der durch einen starken Verkehr verursachten Schwierigkeiten und zur Vermeidung der dadurch entstehenden Gefahren erforderlichen geistigen und moralischen Eigenschaften — Besonnenheit, Umsicht, Geistesgegenwart sowie ein reges Pflicht- und Verantwortlichkeitsgefühl — hat. Diese Anforderungen müssen besonders und in verstärktem Maße für die Führer von Automobilen gestellt werden, wie dies in dem reichsgerichtlichen Urt. vom 28. März 04 (JW. 04, 288 Nr. 8) des näheren dargelegt ist. Die Beklagte könnte daher die Haftung für den durch das schuldhafte Verhalten ihres Chauffeurs M. den Klägern verursachten Schadens nur dann ablehnen, wenn sie dargetan hätte, daß sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt davon habe überzeugt sein dürfen, daß M. in diesem Sinne eine zur selbständigen Führung eines Automobils geeignete Persönlichkeit sei.

Nach der von der Beklagten nicht bestrittenen Darstellung des Zeugen K. ist M. zunächst einige Zeit als Schlosser in dem Geschäft der Beklagten tätig gewesen, dann ein viertel Jahr lang als Chauffeur ausgebildet worden und hat dann die durch die Polizeiverordnung vom 15. April 01 vorgeschriebene Prüfung vor einem behördlich anerkannten Sachverständigen bestanden, worüber ihm das Blatt 15 abschriftlich ersichtliche Zeugnis vom 1. Okt. 04 erteilt worden ist. Zu der Zeit, wo die Beklagte zunächst den M. als selbständigen Führer von Automobilen verwendete, lag sonach ein positiver Anhalt wohl über

seine Kenntnisse und Fertigkeiten betreffs der Behandlung und Leitung von Kraftfahrzeugen vor, nicht aber darüber, ob er die sonstigen für einen Leiter von solchen erforderlichen Eigenschaften, insbesondere das nötige Maß von Pflicht- und Verantwortlichkeitsgefühl habe. Ein begründetes Urteil hierüber haben die Teilhaber der beklagten Gesellschaft aber auch in der Zeit zwischen dem Tage, von dem ab M. als selbständiger Automobilführer überhaupt erst verwendet werden durfte, und dem Unfall vom 22. März 1905 nicht erlangt und auch nicht erlangen können; denn sie haben nach den Feststellungen der Vorinstanz gar keine Maßnahmen ergriffen, die geeignet gewesen wären, ihnen verläßliche Kenntnis davon zu verschaffen, wie sich M. in seinem Dienste als Automobilfahrer verhalte. Sie haben nicht dafür gesorgt, daß hierüber eine angemessene Zeit hindurch von dazu geeigneten Personen Beobachtungen angestellt wurden, ebensowenig bei Personen, die von ihm geführte Wagen benutzt hatten, Erkundigungen eingezogen und nicht einmal Vorkehrungen dahin getroffen, daß ihnen etwaige Strafen, die er sich durch die Art, wie er fuhr, zuziehe, bekannt würden. Günstige Urteile, die in vereinzelten Fällen von Personen, die in einem von M. geführten Wagen gefahren waren, über seine Leistungen ausgesprochen worden waren, konnten, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, nicht ausreichen, die Überzeugung der Beklagten zu begründen, daß M. zu der ihm übertragenen verantwortlichen Tätigkeit geeignet sei.

Von der Revision ist geltend gemacht worden, eine solche Vorsicht bei der Auswahl von Automobilführern, wie sie vom Berufungsgericht verlangt werde, könne nicht als durch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt geboten angesehen werden, da sie tatsächlich nicht durchführbar sei. Es sei unmöglich, als Führer von Kraftwagen immer nur Leute zu verwenden, bei denen das Vorhandensein der von dem Berufungsgericht geforderten geistigen und moralischen Eigenschaften durch längere Beobachtung und Erprobung bereits dargetan sei, und es könne daher auch nicht eine zum Schadensersatze verpflichtende Verschuldung des Automobilbesitzers schon darin gefunden werden, daß er die Leitung seines Gefährts einem Manne anvertraue, der diese Eigenschaften praktisch zu bewähren noch keine Gelegenheit gehabt habe. Es müsse also, wenn nicht Unmögliches verlangt werden solle, genügen, wenn der Besitzer eines Kraftwagens dessen Leitung einem Manne übertrage, der erwiesenermaßen die dazu nötigen technischen Kenntnisse und Fertigkeiten im vollen Maße besitze, unbescholten und nüchtern sei und nach seiner ganzen Persönlichkeit ein ordentlicher und besonnener Mensch erscheine. Auch dieser Ausführung ist nicht beizustimmen. Die Haftung für den von M. verursachten Schaden wird der Beklagten nicht angesonnen, weil sie selbst ein Verschulden treffe und deshalb ihre Schadensersatzpflicht aus BGB. § 823 begründet erscheine, sondern auf Grund der Vorschrift in § 831. Nach dieser ist, wer einen andern zu einer Verrichtung bestellt, grundsätzlich zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den dieser andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht darauf, ob den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft. Ist dieser im einzelnen Falle infolge allgemeiner oder besonderer Verhältnisse nicht in der Lage, seine Auswahl auf eine Person zu richten, für welche die Annahme, daß sie die zu der betreffenden Verrichtung nötigen Fähigkeiten und sonstigen Eigenschaften habe, hinreichend gerechtfertigt erscheint, so wird hierdurch das Maß der Anforderungen, welche bezüglich der Auswahl für die Betätigung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt mit Rücksicht auf die Art der in Betracht kommenden Verrichtung zu stellen sind, nicht beeinflußt, es tritt vielmehr, wenn der Nachweis, daß diesen Anforderungen genügt worden sei, nicht erbracht wird, die im § 831 statuierte Regel in Kraft, weil eben der Ausnahmefall, für den sie nach dem Gesetz ausgeschlossen sein soll, nicht vorliegt . . .

Die Revision hat endlich noch einen prozessualen Angriff erhoben, indem sie geltend macht, es hätte die Frage, ob den Klägern die ihnen zugebilligte Entschädigung durch eine Kapitalabfindung oder in der Form einer Rente zu

gewähren sei, schon in dem Zwischenurteil über den Grund des Klaganspruchs entschieden werden müssen. In der Tat hat der erkennende Senat schon öfter ausgesprochen, daß die erwähnte Frage in den Bereich des Streits über den Grund des Klaganspruchs fällt. Es ist auch hieran grundsätzlich festzuhalten, jedenfalls in dem Sinne, daß, wenn allein Kapitalabfindung gefordert ist, der Klaganspruch für dem Grunde nach berechtigt nur erklärt werden darf, wenn ausnahmsweise das Verlangen nach dieser Art der Entschädigung begründet erscheint, daß also in Fällen, wo eben nur diese eine Art der Entschädigung beantragt ist, die Entscheidung darüber, ob sie verlangt werden kann, nicht dem Verfahren über den Betrag überwiesen werden kann. Aber auch dann, wenn, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist, in erster Linie Kapitalabfindung und nur eventuell Gewährung einer Rente gefordert worden ist, muß jedenfalls die Frage, ob die zuerst verlangte Art der Entschädigung berechtigt erscheine, von vornherein geprüft werden und es entspricht, wenn sie zu verneinen ist, allein der Natur der Sache, daß dann die Klage, soweit sie auf Kapitalabfindung gerichtet war, abgewiesen und nur der in zweiter Reihe erhobene Anspruch auf Zubilligung einer Rente für dem Grunde nach berechtigt erklärt wird. Mitunter kann indes die Feststellung der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes auch für die Frage, in welcher der beiden in BGB. § 843 vorgesehenen Formen er zu leisten sei, von wesentlicher Bedeutung sein. Ferner wird nicht selten, wenn es einer Beweisaufnahme nicht bloß über die Höhe des Schadens, sondern auch über die Frage, ob Kapitalabfindung oder Rente zuzusprechen sei, bedarf, eine Verbindung beider Beweisaufnahmen im Interesse der Vereinfachung des Prozesses und der Vermeidung von Kosten wünschenswert und angemessen erscheinen. Es darf unbedenklich als im Sinne der ZPO. § 304 liegend angesehen werden, daß in solchen Fällen, obwohl die Frage, welche der Entschädigungsarten zu wählen sei, noch nicht spruchreif ist, gleichwohl ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs erlassen werden dürfe in der Weise, daß der erhobene Schadensersatzanspruch im allgemeinen für berechtigt erklärt wird und die Frage, in welcher Weise der Ersatz zu leisten sei, späterer Entscheidung vorbehalten bleibt, die mit derjenigen über den Betrag verbunden wird . . ."

635. Beschäftigung eines 16jährigen Jungen als Wagenführer einer Feldbahn. Eigener Anspruch des verletzten Kindes auf Ersatz der Kosten der Heilung, obwohl sie der unterhaltspflichtige Vater bezahlt hat (BGB. §§ 831, 843). Urt. vom 18. Juni 08, VI 478/07.

Der Kläger hat auf einem Wagen des von einem Pferde gezogenen Transportzuges gesessen, den der 16jährige G. führte. G. hat ihn aufgefordert, abzusteigen, ihn aber nicht entfernt, obwohl das Mitnehmen von Personen verboten war. Der Kläger ist heruntergefallen, seine eine Hand ist von einem Wagen zermalmt worden.

Aus den Gründen:

„. . . Für die Aktivlegitimation des Klägers zur Einklagung der durch seine Heilung und seinen Aufenthalt im Universitätskrankenhause entstandenen Kosten darf in Kürze auf die Entsch. des 4. ZS. vom 7. Febr. 07 (RGZ. 65, 162) verwiesen werden, in der ausgeführt ist, daß die Bestimmung des BGB. § 843 Abs. 4 keine Sonderbestimmung für den in diesem Paragraphen geregelten Rentenanspruch des durch eine Körperverletzung Geschädigten sei, sondern grundsätzliche Bedeutung besitze und auf die ganze Schadensersatzverpflichtung wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, insbesondere auch auf die Heilungskosten sich erstrecke, möge diese auch der unterhaltsverpflichtete Vater getragen und bereits bezahlt haben . . .

Eine Verletzung des materiellen Rechts durch das Berufungsgericht in der Anwendung des BGB. § 831 auf den gegebenen Fall liegt gleichfalls nicht vor. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß

ein 16jähriger Junge, möge er auch sonst nüchtern und zuverlässig sich gezeigt haben und mit Pferden umzugehen verstehen, zur Führung von Wagenzügen der hier in Rede stehenden Feldbahn schon seiner Jugend wegen sich nicht eigne, weil ihm die hierfür erforderliche Vorsicht, Autorität und Charakterfestigkeit abgehe und daß daher der Beklagte, indem er den G. zu dieser Verrichtung bestellt, bei der Auswahl seiner Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet habe. Weder für die Wahrung der Verkehrssicherheit bei den von den Feldbahnzügen zu passierenden Wegeübergängen, noch zur charakterfesten Durchführung des von dem Beklagten selbst behaupteten Verbotes, Personen auf den Wagen der Feldbahn mitfahren zu lassen, ist einem so jungen Menschen die erforderliche Autorität gegenüber Erwachsenen wie gegenüber Kindern zuzutrauen. Dem Berufungsgericht ist deshalb auch unbedenklich weiter darin beizustimmen, daß bei der Bestellung einer geeigneten älteren Person der Unfall voraussichtlich vermieden worden wäre, weil es deren Überlegenheit gegenüber dem Knaben leicht gewesen wäre, diesen vom Wagen zu entfernen und am Wiederaufsteigen zu hindern, so daß der Beweis gemäß BGB. § 831 Abs. 1 Satz 2 am Schlusse, daß der Schaden auch bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt entstanden sein würde, dem Beklagten jedenfalls versage (JW. 07, 333 Nr. 12) ..."

636. Willkürliches Tun eines Pferdes, obwohl es äußerlich im Zügel bleibt (BGB. § 833). Urt. vom 9. Juli 08, IV 640/07.

„... Mit Unrecht zieht die Revision in Zweifel, daß ein selbständiges willkürliches Tun des Pferdes des Beklagten vorgelegen habe. Ohne Rechtsnormverletzung durfte das Berufungsgericht diese Feststellung aus der Sachlage gewinnen. Denn das Pferd hatte gescheut, den Wagen quer über die Straße gestellt und sich unter Zittern angeschickt, über den Straßengraben zu springen. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht recht wohl zu der Annahme gelangen, daß sich das Pferd, seinen tierischen Instinkten folgend, der Leitung des Beklagten entzogen hatte, mochte es auch äußerlich noch im Zügel geblieben sein ..."

637. Welchen Einfluß hat es für die Berechnung des Schadensersatzes, der einer selbständig gewerblich tätig gewesenen Ehefrau für den Wegfall ihrer Erwerbsfähigkeit zu leisten ist, wenn ihr der Mann unentgeltlich im Geschäft half oder wenn sie ihm Unterhalt gewähren mußte? (BGB. § 843). Urt. vom 25. Juni 08, VI 188/08.

„... 4. Beschwerde wird ferner darüber geführt, daß das Berufungsgericht ohne genügende Begründung für die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin einen Betrag von 2400 ℳ in Ansatz bringe. Die Klägerin habe das Geschäft seinerzeit ergriffen, um sich und ihren gelähmten Ehemann zu ernähren. Wenn der letztere, im Lehnstuhle sitzend, seiner Frau beim Sortieren und Zeichnen der eingegangenen, sowie dem Legen und Einpacken der fertigen Wäsche und dem Schreiben der Lieferzettel geholfen habe, so habe sie doch für diese Tätigkeit keine Ausgabe gehabt. Sie habe ihrem Ehemann nichts bezahlt und er habe nichts dafür beansprucht. Der Ehemann sei natürlich auch außerstande, nachdem seine Ehefrau und Ernährerin die Erwerbsfähigkeit verloren habe, seine geringe Arbeitskraft anderweitig zu verwerten. Außerhalb seiner Familie könne der stets der Pflege bedürftige Mann nicht leben und so sei die Familie aufs Trockene gesetzt. Der dadurch entstehende Schaden sei ein Schaden der klagenden Ehefrau, weil sie die Arbeitskraft des Mannes umsonst gehabt habe. Den Lebensunterhalt und die persönliche Pflege habe sie ihrem Ehemann nicht als Lohn für seine geringe Arbeit, sondern aus Gattenpflicht geleistet. Seien diese einfachen Verhältnisse nicht klar genug gelegt gewesen, so habe nach der ZPO. § 139 das Fragerecht ausgeübt werden müssen. — Diese Rügen erweisen sich als begründet. — Die Klägerin hat Er-

satz zu beanspruchen — freilich nicht für einen ihrem Ehemann entstandenen Schaden, aber (zur Hälfte) für die Einbuße, welche sie durch den Wegfall ihres Geschäftseinkommens erleidet. Unstreitig hat sie das Wasch- und Plättgeschäft betrieben; es ist nicht etwa von beiden Ehegatten als Unternehmen gemeinschaftlich betrieben worden. Der Ehemann ist, wie gleichfalls unbestritten, gelähmt und pflegebedürftig, seine Tätigkeit im Geschäfte erscheint nur als eine der Ehefrau geleistete Beihilfe, wie sie auch im Berufungsurteile bezeichnet ist. Diese Hilfstätigkeit hat er, wie zu unterstellen, der Frau ohne Entgelt gewährt; es ist nicht ersichtlich, daß zwischen den Ehegatten ein Dienstvertrag oder sonst ein entgeltliches Rechtsverhältnis bestanden hätte. Wenn der Ehemann eben nur, ohne Vergütung zu beanspruchen oder zu erhalten, in dem Geschäfte sich nützlich gemacht hat, so sind insofern der Klägerin keine ‚Geschäftsunkosten' erwachsen. Der aus dem Geschäfte erzielte Gewinn stellt, auch soweit er durch die Unterstützung des Ehemannes sich erhöht hätte, das Erwerbseinkommen der Ehefrau dar, welches als Ergebnis des selbständigen Betriebes eines Erwerbsgeschäftes nach BGB. § 1367 ihr als Vorbehaltsgut gehören würde (vgl. RGZ. 64, 323 ff. Nr. 81). Zunächst wäre also, wenn der Schadensberechnung die eigenen Angaben der Klägerin zugrunde gelegt werden sollten, davon auszugehen gewesen, daß der Reingewinn aus dem Geschäfte ganz und unangesehen der Arbeitsleistungen des Ehemannes als Schaden der Klägerin in Rechnung komme, solange nicht Umstände behauptet oder erkennbar waren, die einen Abzug hierwegen rechtfertigten. Bei unentgeltlich von dem Ehemann geleisteter Beihilfe würde die Klägerin insoweit geschädigt sein, als sie ohne Dazwischentreten des Unfalls fernerhin in der Lage geblieben wäre, aus ihrem Geschäfte durch ihre Erwerbstätigkeit mit Einschluß der kostenlosen Unterstützung seitens des Ehemannes das bisherige Einkommen zu verdienen.

Nun ist allerdings vor dem Unfall dem Ehemann aus den Einkünften des Erwerbsgeschäftes der Unterhalt gewährt worden und darin könnte ein Grund für einen wegen der Tätigkeit des Mannes an dem Geschäftsgewinn zu machenden Abzug möglicherweise gefunden werden. Aber die Art und Weise, in der das Berufungsgericht diesen Umstand verwertet hat, kann nicht gebilligt werden. Es wird im Berufungsurteile die nach dem Vertrage der Klägerin von dem Ehemann geleistete Tätigkeit aufgeführt und hieraus gefolgert, dieser sei ‚daher' nicht eine erwerbsunfähige, von der Klägerin unterhaltene Person gewesen, sondern eine Beihilfe derselben im Betriebe des Geschäftes, beauftragt mit Funktionen, die große Genauigkeit, Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt erforderten. Das Kammergericht hat ‚daher' angenommen, daß von den berechneten 4800 ℳ die Hälfte mit 2400 ℳ ‚auf die Tätigkeit des Ehemannes entfallen'. Der Berufungsrichter scheint hiernach anzunehmen, daß der Ehemann durch die fragliche Tätigkeit seinen Unterhalt selbst verdienen konnte und auch tatsächlich verdient habe, daß also nicht die Klägerin gesetzlich verpflichtet war, dem Manne Unterhalt zu gewähren (BGB. § 1360 Abs. 2) und solches in Wirklichkeit auch nicht getan habe. In diesem Falle könnte sich jedoch ein Abzug an dem Geschäftsgewinn der Frau immer nur in dem Betrage rechtfertigen, der dem Ertragswerte der gewerblichen Tätigkeit des Ehemannes entspricht. Daß das Berufungsgericht die Leistungen des gelähmten und doch wohl nur in sehr beschränktem Maße arbeitsfähigen Mannes auf jährlich 2400 ℳ bewertet haben sollte, ist undenkbar. Wenn es aber der Meinung ist, daß die 2400 ℳ für die Kosten des Unterhalts des Mannes in Rechnung zu bringen und gleichviel, ob dessen Arbeitsleistungen einen vielleicht weit geringeren Wert hatten, im vollen Betrag am Gewinn abzuziehen seien, so wäre dieser Standpunkt materiellrechtlich unrichtig. Insoweit, als der Unterhalt des Mannes nicht durch seinen etwaigen Arbeitsverdienst gedeckt war, trat die gesetzliche Unterhaltspflicht der Ehefrau in Kraft und wenn sie mit Rücksicht hierauf den Unterhalt aus den Geschäftseinnahmen bestritten hat, so erscheint dadurch der Reingewinn aus dem Geschäfte in bezug auf den vom Beklagten zu ersetzenden Schaden nicht als geschmälert. Der Beklagte seiner-

seits hat nach dieser Richtung keine Behauptungen aufgestellt und lediglich aus den von der Klägerin — zum Zweck des Nachweises einer höheren Geschäftseinnahme — gemachten Aufstellungen durfte nicht ohne jede weitere Erörterung (ZPO. § 139) ein Abzugsposten so wie geschehen konstruiert werden ..."

638. Umfang der Pflicht von Kindern, den Eltern Unterhalt zu gewähren. Welchen Einfluß hat es, wenn die unterhaltspflichtige Tochter schwanger ist? (BGB. §§ 844 Abs. 2, 1603 Abs. 1, 1708). Urt. vom 9. Juli 08, VI 498/07.

„... Die Vorinstanz stellt fest, daß K. B. die Tochter des Klägers mit deren ernstlicher Zustimmung getötet habe, sie nimmt an, daß diese Tötung gleichwohl eine widerrechtliche Handlung gewesen sei, durch die eine Schadensersatzpflicht des K. B. und seiner Erben nach Maßgabe des BGB. § 844 Abs. 2 begründet werden konnte, sie ist aber der Meinung, daß der Schadensersatzanspruch nach BGB. § 1603 Abs. 1 nicht berechtigt erscheine.

Vom Kläger ist in den Vorinstanzen betreffs der Erwerbsverhältnisse seiner Tochter angeführt worden, sie habe in ihrer Stellung als Choristin des H. Theaters einen Gehalt von 60 ℳ monatlich bezogen und dieser Gehalt würde sich allmählich auf 100 ℳ für den Monat gesteigert haben. Sie habe sich überdem als Näherin Geld verdient. Ihren Gehalt habe sie bis zu ihrem Tode vollständig an ihre Eltern abgeliefert, von denen sie Wohnung und Kost erhalten habe.

Das Berufungsgericht ist der Meinung, wenn man alle diese Angaben als wahr unterstelle, und die Einnahme der M. S. als Näherin mit 30 ℳ monatlich veranschlage, so habe für sie in der Zeit bis zu ihrem Tode doch keine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kläger bestanden, da ihre Einnahmen von 90 ℳ monatlich nicht weiter als zur Bestreitung ihres eigenen standesmäßigen Unterhalts gereicht hätten. Ihre Stellung als Choristin bei einem Theater habe erhebliche Aufwendungen für die Kleidung nötig gemacht, der Rest sei für ihren sonstigen Bedarf erforderlich gewesen. Aber auch bei einer Steigerung ihres Gehalts bis zu 100 ℳ monatlich würde sie nicht in eine Lage gekommen sein, bei der für sie eine rechtliche Pflicht, den Kläger zu unterhalten, bestanden hätte. Sie sei schwanger gewesen, hätte also, wenn sie weitergelebt hätte, in erster Linie für ihr Kind sorgen müssen, es erscheine übrigens zweifelhaft, ob sie, wenn sie außerehelich geboren hätte, ihre Stellung am Theater behalten hätte. Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände könne nach den Erfahrungen des Lebens nicht angenommen werden, daß sie in Erfüllung ihrer Alimentationspflicht ihrem Vater Unterhalt gewährt haben oder daß für sie eine rechtliche Pflicht hierzu auch nur entstanden sein würde.

Die Klagabweisung beruht hiernach auf Gründen, die im wesentlichen tatsächlicher Natur sind, doch liegen gegen einzelne der geltend gemachten Erwägungen Bedenken vor, die auch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen sind.

Das Berufungsgericht geht anscheinend selbst davon aus, daß ein Mädchen von der Herkunft und Bildung der M. S., wenn sie 90 ℳ monatlich einnehme, an sich wohl imstande sei, wenn ihre Eltern sich nicht selbst ernähren können, etwas zu deren Unterhalt beizutragen. Das muß auch, sofern nicht besondere Verhältnisse eine andere Beurteilung erfordern, angenommen werden; denn von demjenigen, dessen Eltern sich in der bezeichneten Lage befinden, muß verlangt werden, daß er, um diese unterstützen zu können, dafern nötig seinen eigenen Aufwand tunlich einschränkt, so weit, als es möglich ist, ohne daß seine Lebenshaltung unter das Maß hinabgeht, das nach allgemeiner Anschauung und insbesondere nach derjenigen der Lebenskreise, denen er angehört, für seinen Stand als notwendig erscheint. Als ein besonderer Umstand, der es der M. S. nach den Einnahmeverhältnissen zur Zeit ihres Todes unmöglich gemacht habe, ohne Beeinträchtigung ihres eigenen standesmäßigen

Unterhalts dem Kläger solchen zu gewähren, ist in dem Berufungsurteil angeführt, daß ihre Stellung als Choristin bei einem Theater erhebliche Aufwendungen für die Kleidung notwendig gemacht habe. Dies ist nicht als eine tatsächliche Feststellung ausgesprochen, die auf Grund der Verhältnisse, die speziell beim H. Theater bestanden, getroffen ist, sondern als ein für die Stellung der Theaterchoristinnen überhaupt geltender allgemeiner Erfahrungssatz. Als solcher aber kann er nicht anerkannt werden; es ist keine durch die allgemeine Erfahrung bestätigte Regel, daß Choristinnen für die Garderobe, deren sie bei den Vorstellungen im Theater bedürfen, aus eigenen Mitteln zu sorgen hätten und ebensowenig ist zuzugeben, daß sie für ihre sonstige Kleidung einen größeren Aufwand zu machen genötigt wären, als es sonst Frauen, die in annähernd gleichen Verhältnissen leben, tun müssen.

In noch höherem Maße bietet zu Bedenken Anlaß die Ausführung des Berufungsurteils, wonach die M. S., auch wenn ihr Gehalt beim Theater auf 100 ℳ monatlich erhöht worden wäre, gleichwohl nicht in der Lage gewesen wäre, etwas zum Unterhalt ihres Vaters beizutragen, weil sie, wenn sie am Leben geblieben wäre, für ein außereheliches Kind hätte sorgen müssen. Hierbei ist unberücksichtigt geblieben, daß nach BGB. § 1700 der außereheliche Erzeuger eines Kindes verpflichtet ist, diesem bis zum erfüllten 16. Lebensjahre in umfassender Weise Unterhalt zu gewähren. Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils ist nun im zweitinstanzlichen Verfahren unter den Parteien unstreitig gewesen, daß die M. S. durch ihren Geschlechtsverkehr mit K. B. schwanger gewesen ist; es ist also jedenfalls für jetzt davon auszugehen, daß sie während der nächsten 16 Jahre nach der Geburt des Kindes von der Notwendigkeit, es aus ihren Mitteln zu erhalten, befreit gewesen wäre.

Nach alledem konnte die vollständige Abweisung der Klage durch die von der Vorinstanz dafür dargelegten Erwägungen nicht als einwandfrei begründet erachtet werden, es mußte deshalb das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden ..."

639. Welchen Einfluß hat es auf das Recht der Frau, Schadensersatz wegen Tötung des Mannes zu verlangen, wenn sie von ihm getrennt lebte und ein ehebrecherisches Leben führte? (BGB. §§ 844, 1360 Abs. 1, 1611 Abs. 2, 2335; ZPO. § 304). Urt. vom 22. Juni 08, VI 170/08.

"... Der Unterhaltsberechtigte hat nach § 844 einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn ihm infolge der Tötung das Recht auf Unterhalt entzogen wurde, insoweit als der Getötete zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde. Gemäß BGB. § 1360 Abs. 1 hat der Mann der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Getötete ein gesunder, kräftiger Mann war, der im Tag 3—6 ℳ verdiente und recht wohl in der Lage war, seiner Unterhaltspflicht zu genügen. Damit ist festgestellt, daß der Klägerin, wenn sie ihr gesetzliches Recht auf Unterhalt nicht verloren hat, durch den Tod ihres Ehemannes ein Schaden entstanden ist. Dieses Recht erlosch aber weder deshalb, weil sie von ihrem Ehemann getrennt lebte, noch weil sie angeblich ein ehebrecherisches Leben führte. Der letztere Umstand hätte die Klägerin nach BGB. §§ 1611 Abs. 2, 2335 nur auf das Recht beschränkt, den notdürftigen Unterhalt zu verlangen. Die Erörterung, ob diese Voraussetzung für eine Kürzung des Schadensersatzes zutrifft, durfte das Berufungsgericht dem Verfahren über den Betrag des Klaganspruchs überlassen ..."

640. Verletzung einer Ehefrau durch einen umstürzenden Efeukasten beim Durchschreiten des zu Gastwirtschaftszwecken eingerichteten Vorgartens oder des Zugangs, der von da nach der eigentlichen

Gastwirtschaft führt. Selbständiger Anspruch der Frau auf Schadensersatz wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit (BGB. §§ 276, 845). Urt. vom 10. Juli 08, III 561/07.

„... In der Sache selbst ist die Revision nicht begründet. Das Berufungsgericht hat durch die Beweisaufnahme, insbesondere die Aussage des Zeugen G., daß der zweite oder dritte Efeukasten, vom Eingange zum Restaurant aus gerechnet, umgestürzt gewesen sei, als erwiesen angesehen, daß sich der Unfall nicht weit vom Kellereingange ereignet habe. Es erklärt, nicht mehr feststellen zu können, ob die Klägerin, wie sie behauptet, erst den Vorgarten durchschritten gehabt habe, oder ob sie lediglich den aus der Zeichnung des Zeugen A. ersichtlichen ‚Zugang' (von der Seite), wie der Beklagte meine, benutzt habe, erachtet dies aber auch für belanglos, da dieser Zugang, wie die Verhandlung ergeben habe, in die Eingangstreppe zum Keller münde, somit nur dem Verkehr der Gäste des Beklagten diene und demnach zu den von diesem dem Publikum eröffneten Räumen gehöre. Es ist nun der Meinung, daß der Vertrag zwischen dem Wirte und dem Gaste, der das Lokal als solcher betrete, mit dem Eintritte des Gastes in die für die Gäste bestimmten Räumlichkeiten, zu denen auch Vorgärten und die durch sie oder an ihnen entlang führenden Privatwege zu rechnen seien, zustande komme, sofern nicht der Wirt sogleich gegen den Eintritt des Gastes Widerspruch erhebe. Denn dadurch, daß dieser die Räumlichkeiten allgemein dem Publikum öffne, mache er jedem, der die Absicht habe, sich niederzulassen und Bestellungen auf Speisen oder Getränke zu machen, den Antrag, zum Zwecke eines weiteren Abschlusses eines oder mehrerer Kaufverträge Aufenthalt zu nehmen und, wer in dieser Absicht eintrete, nehme diesen Antrag in der der Verkehrssitte entsprechenden Weise an und trete damit bereits in ein vertragliches Verhältnis zu dem Gastwirte in bezug auf die Gasträume.

Die hierin ausgesprochene Annahme, daß zwischen der Klägerin und dem Beklagten zur Zeit des Unfalls bereits ein Vertragsverhältnis wenigstens in Ansehung der Benutzung der Gasträume bestanden habe, bekämpft die Revision als rechtsirrig hauptsächlich mit dem Hinweise auf das Urt. des erkennenden Senats vom 24. Juni 04 (RGZ. 58, 333). Indessen mit Unrecht. Allerdings sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts in der Allgemeinheit, in der sie gegeben sind, nicht zu billigen, vielmehr bedürfen sie, um die Entscheidung zu tragen, noch einer erheblichen Einschränkung, deren tatsächliche Grundlage aber im vorliegenden Falle gegeben ist. Vorgärten und die durch sie und an ihnen entlang führenden Privatwege gehören noch nicht ohne weiteres zu den gerade und lediglich den Gästen einer Wirtschaft geöffneten Räumen. Sie können auch lediglich als Zugänge zu diesen Räumen dienen dergestalt, daß sie überhaupt dem durch den Betrieb der Wirtschaft eröffneten Verkehr dienen. Ein solcher Fall lag jener Entscheidung vom 24. Juni 04 zugrunde, da hier als den Gästen überlassene Räumlichkeiten nur die geschlossenen Räume des dort erwähnten Restaurants ‚Stadtpark', wo eine Theaterprobe stattfand, anzusehen waren und der damalige Kläger nur auf dem durch den Vorgarten nach der Straße zu führenden Wege infolge Glatteises verunglückt war. Anders liegt der Fall hier. Wie die Ortsbeschreibung im Eingange des Tatbestandes des Berufungsurteils angibt und die bereits erwähnte Handzeichnung des Zeugen A., übrigens übereinstimmend mit der Handzeichnung des Zeugen G., deutlich erkennen läßt, waren durch die längs des Rathauses getroffenen baulichen und gärtnerischen Einrichtungen Nischen hergestellt, in denen Tische aufgestellt waren, die ersichtlich in Verbindung mit dazu bereitgestellten Sitzen die Gelegenheit bieten sollten und boten, auch innerhalb dieses Vorgartens, also im Freien, sich niederzulassen und hier Speisen und Getränke einzunehmen. War dies der Fall, so standen die so geschaffenen Räume und die zwischen ihnen und dem Eingange zu dem eigentlichen Ratskeller liegenden Räume, also insbesondere auch der auf der Handzeichnung A.s als ‚Zugang' mit dem Treppenanschlusse bezeichnete Raum rechtlich den im Innern befind-

lichen Gasträumen durchaus gleich, da auch sie zum Aufenthalte und gerade zum Verkehre der Gäste bestimmt waren und mit den Innenräumen insoweit eine gewisse Einheit bildeten. Hält man dieses Merkmal fest, so ist es möglich, daß ein und derselbe Vorgarten je nach der Jahreszeit zu den gerade für den Aufenthalt und den Verkehr der Gäste bestimmten Räumen gehört oder nicht, wenn nämlich im Sommer in einem solchen Tische und Stühle oder Bänke aufgestellt werden, damit auch hier die Gäste Platz nehmen, Speisen und Getränke zu sich nehmen können, während er im Winter entweder ganz geschlossen oder nur als Zugang zu den geschlossenen Räumen innerhalb des Wirtshauses dient. Ein solcher Fall könnte insbesondere auch bei dem in RGZ. 58, 333 bezeichneten ‚Stadtpark' gegeben sein.

Im übrigen ist die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß schon durch den Eintritt des Gastes, der als solcher auftritt, in die dem Aufenthalte und dem Verkehre der Gäste geöffneten Räume zunächst ein allgemeiner Vertrag über die Benutzung dieser Räume durch den Gast für die Dauer seines beabsichtigten Aufenthalts zustande kommt, und zwar dergestalt, daß erst daran sich der besondere Vertrag über den Kauf von Speisen oder Getränken anschließt. Dies entspricht der Anschauung, wie sie dem auch vom Berufungsgericht angezogenen Urt. des erkennenden Senats vom 29. Nov. 04 (GruchotsBeitr. 49, 617) zugrunde liegt. Daß die Klägerin hier in der erkennbaren Absicht, in den Räumen des Beklagten Speisen sich verabreichen zu lassen, den Vorgarten oder den zwischen diesem und dem Ratskeller selbst liegenden Gang betreten hat, muß als festgestellt angesehen werden, ergibt übrigens auch unmittelbar die in dem Urteile des Landgerichts, auf das der Tatbestand des Berufungsurteils verweist, angezogene Aussage des Zeugen Z., die Klägerin habe nach dem Unfalle im Ratskeller gespeist und ihre Speisen auch bezahlt.

Der erste Angriff der Revision ist hiernach verfehlt. Das gleiche gilt aber auch von ihrer weiteren Beschwerde, es sei zu Unrecht angenommen worden, daß die Inhaber der Firma G., denen der Beklagte den Aufbau und die Instandhaltung der gärtnerischen Anlagen des Vorgartens übertragen hatte, der Vorwurf der Fahrlässigkeit treffe. Das Berufungsgericht führt in dieser Beziehung aus: Zu den hiernach von jenen übernommenen Verpflichtungen habe auch die gehört, die Anlage in allen ihren Teilen auf ihre Verkehrssicherheit ständig zu überwachen. Dieser Verpflichtung hätten sie nicht genügt. Daß, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, tatsächlich ein Efeukasten umgestürzt sei, sei ein sicheres Zeichen dafür, daß die Anlage nicht mit der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt gesichert gewesen sei. Bei einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Anlage müsse die Sicherung ständig so beschaffen sein, daß ein Umfallen unter normalen Verhältnissen, wie sie hier vorgelegen hätten, wozu aber auch windiges Wetter zu rechnen sei, völlig ausgeschlossen sei. Es wird dann noch dargelegt, daß dafür, daß etwa ein Sturm, der als höhere Gewalt anzusehen gewesen wäre, geherrscht habe, die Beweisaufnahme keinen Anhalt ergeben habe. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum, insbesondere keine Verkennung des Begriffs der Fahrlässigkeit, ersehen.

Auch die schließliche Rüge der Revision, die Aktivlegitimation der Klägerin sei zu Unrecht angenommen worden, kann nicht für begründet erachtet werden. Die Berechtigung der Klägerin zur eigenen Geltendmachung des Erstattungsanspruchs aus dem durch den Unfall entstandenen Schaden ergibt sich aus denselben Gründen, die der 6. ZS. in dem Urt. vom 28. Jan. 01 (RGZ. 47, 211) in Ansehung des von einer Ehefrau geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, der sich gegen den Eisenbahnunternehmer wegen eines im Betriebe der Eisenbahn erlittenen Unfalls richtet, dargelegt hat. Insbesondere ist auch kein Unterschied zu machen zwischen den Heilungskosten und der Verminderung der Erwerbsfähigkeit, da auch diese schon an sich ein Verlust ist, den die Ehefrau selbst zunächst erleidet, wenn er sich auch vielfach nur in der Weise geltend macht, daß sie nicht mehr imstande ist, ihre häuslichen Arbeiten so wie früher

zu verrichten. Die Berufung der Revision auf das BGB. § 845 ist gänzlich verfehlt. Denn hierdurch soll nur neben demjenigen, der selbst eine Körperverletzung erlitten und dadurch einen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten erworben hat, noch einem anderen, der selbst nur mittelbar, nur von den Folgen der Körperverletzung durch den Wegfall der ihm kraft Gesetzes von dem Verletzten geschuldeten Dienste betroffen wird, ein unmittelbares Klagrecht gegen den Ersatzpflichtigen gegeben werden. Daraus folgt aber nicht, daß der Verletzte nicht auch selbst wegen des Verlustes oder der Verminderung seiner Fähigkeit zur Leistung der Dienste Schadensersatz verlangen könne . . ."

641. Beweislast dafür, daß einer der Ausnahmefälle vorliegt, die die negatorische Klage des Grundstückseigentümers ausschließen (BGB. §§ 906, 1004). Urt. vom 4. Juli 08, V 404/07.

„. . . Nicht ohne Grund rügt die Revision, daß der Berufungsrichter bei der Prüfung der von dem Exhaustor ausgehenden Störungen die Beweislast verkannt habe. Daß der Exhaustor, wenn er in Betrieb genommen wird, Geräusche auf das Grundstück der Kläger überträgt, ist durch die Beweisaufnahme in den Vorinstanzen festgestellt und daß der Exhaustor wenigstens ausnahmsweise in Betrieb genommen worden ist, bestreitet die Beklagte gar nicht, so daß das Eindringen von Geräuschen, die von dem Exhaustor herrühren, für die Vergangenheit außer Zweifel steht. Auch für die Zukunft ist, trotz der von der Beklagten vorgenommenen Verbesserungen, nach deren eigenen Ausführungen die Benutzung des Exhaustors nicht ausgeschlossen; solange die Möglichkeit dieser Benutzung besteht, muß also auch in der Zukunft mit den davon ausgehenden Störungen gerechnet werden (vgl. RGZ. 36, 178; JW. 06, 556 Nr. 25). Das Vorhandensein der Störungen an sich aber genügt zur Begründung der Klage aus BGB. § 1004. Die Darlegung des Umfangs und der Zeitdauer, insbesondere auch der Häufigkeit der Geräusche hat nur Interesse für den Nachweis, daß einer der in BGB. § 906 erwähnten, die negatorische Klage ausschließenden Ausnahmefälle vorliegt. Die Beweislast in dieser Beziehung hat in vollem Umfange derjenige, von dem die Störungen ausgehen (Prot. der II. Kommission 6, 225; Urt. des RG. vom 7. Nov. 06, V 150/06). Der Berufungsrichter hätte daher, nachdem die Kläger die ausnahmsweise Natur der Benutzung des Exhaustors bestritten und die Behauptung aufgestellt hatten, daß er häufig sogar zugleich mit dem Ventilator in Benutzung genommen werde, die Nachweise hierüber von der Beklagten erfordern müssen. Der Berufungsrichter hat jedoch noch weiter übersehen, daß die von den einzelnen Maschinen ausgehenden Geräusche nicht lediglich für sich allein, sondern auch in ihrer Gesamtwirkung zu prüfen sind. Es ist durchaus nicht ausgeschlossen, daß ein Geräusch, das für sich allein wegen seines seltenen und vorübergehenden Vorkommens ohne Bedeutung ist, auch für normal beanlagte Personen (JW. 04, 143 Nr. 12; GruchotsBeitr. 48, 943) dann an Bedeutung gewinnt, wenn es ein anderes dauerndes Geräusch ablöst. Zur Vornahme einer solchen zusammenhängenden Prüfung war das Berufungsurteil, soweit es angefochten ist, in seinem ganzen Umfange aufzuheben und die Sache, wie geschehen, zurückzuverweisen."

642. Beweislast, wenn der aus einer Löschungsvormerkung Berechtigte das Bestehen von Forderungen bestreitet, die unter eine auf einem versteigerten Grundstück eingetragen gewesene, durch den Zuschlag erloschene Sicherungshypothek fielen (BGB. §§ 1179, 1184, 1190). Urt. vom 8. Juli 08, V 436/07.

„. . . Die Parteien streiten im wesentlichen darüber, ob die Beklagte Forderungen, wegen deren die versteigerten Grundstücke kraft ihrer Sicherungshypotheken hafteten, an die offene Handelsgesellschaft F. L. S. hat, und im Gegensatz zum Landgericht hat das Berufungsgericht in dieser Beziehung dem

Kläger den Beweis zugeschoben. Damit hat es, wie die Revision mit Recht rügt, die Beweislast verkannt.

Dem Oberlandesgericht ist darin beizupflichten, daß die Hypotheken der Beklagten ebenso wie die des Klägers, Höchstbetragshypotheken i. S. des BGB. § 1190 sind. Nicht entscheidend dafür ist, ob der Betrag der zu sichernden Forderungen zur Zeit der Eintragung ungewiß war. Dies schloß die Bestellung einer Sicherungshypothek i. S. des § 1184 und selbst die Bestellung einer gewöhnlichen Buch- oder Verkehrshypothek nicht aus (s. RG. in JW. 05, 291). Andererseits steht jener Annahme nicht entgegen, daß die Hypotheken im Eintragungsvermerke nicht als Höchstbetragshypotheken bezeichnet sind. Erforderlich ist nur, daß der Eintragungsvermerk sie als solche erkennbar macht und dies trifft zu, wenn kein Forderungsbetrag als feststehend angegeben, vielmehr ersichtlich ist, daß die Feststellung des Betrages der Forderung späterer Zeit vorbehalten sein soll (vgl. Planck, Komm. Anm. 1, 2c zum § 1190; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 Anm. I, 1 zum § 1190). Bei den in Rede stehenden Hypotheken bezeichnen die 25000 ℳ offensichtlich nicht den Betrag der Forderung (s. § 1115), sondern nur den Betrag der Hypothek (s. § 1113 Abs. 1), und das kann nur im Sinne eines Höchstbetrages, bis zu dem die Grundstücke für die in ihrem Betrage erst festzustellenden Forderungen haften sollen, verstanden werden. Für die Entscheidung der Frage der Beweislast kommt es übrigens, wie das Oberlandesgericht wiederum zutreffend bemerkt, darauf, ob Höchstbetrags- oder andere Sicherungshypotheken, nicht an. Für beide gelten die Sätze des § 1184 (s. § 1190 Abs. 3): daß sich das Gläubigerrecht aus der Hypothek nur nach der Forderung bestimmt und daß der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, so daß er, auch wenn er nur das Gläubigerrecht aus der Hypothek geltend macht, im Streitfalle die Forderung anderweit beweisen muß (s. Planck, Anm. 1a zum § 1184). Andererseits findet auf beide der § 1163 Anwendung, demzufolge die Hypothek, insoweit die Forderung nicht entstanden oder erloschen ist, nicht wegfällt, sondern dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld (§ 1177) zusteht, mit der Maßgabe, daß dies bei der Höchstbetragshypothek erst dann der Fall ist, wenn auch feststeht, daß aus den ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen keine weiteren Forderungen mehr entstehen können (vgl. RGZ. 49, 165 Nr. 39; 51 S. 117, 118 Nr. 25). Die Löschungsvormerkung (§ 1179) greift nur in letzterer Beziehung ein. Sie dient dem Interesse am Erlöschen der von ihr betroffenen Hypothek und an dem dadurch vermittelten Nachrücken der Nachrechte (s. Prot. bei Mugdan 3 S. 846, 847 und Denkschr. daselbst S. 984, 985). Dem persönlichen Anspruche des Vormerkungsberechtigten gegen den Eigentümer auf Löschung gibt sie eine dingliche Sicherung, zwar nicht in der Weise, daß die Hypothek nicht als Eigentümergrundschuld bestehen kann und unter den Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld von selbst erlischt, sondern — wie das Berufungsgericht dem Landgericht gegenüber unter Hinweis auf das Wesen der Vormerkung und des BGB. §§ 833, 888 mit Recht ausführt — nur in der Weise, daß sie eine Verfügung über die Hypothek, die jenen persönlichen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, gegenüber dem Berechtigten unwirksam macht und ihm den Dritten, der durch die Verfügung die Hypothek oder ein Recht daran erlangt hat, verpflichtet, seine Zustimmung zur Löschung zu geben (Planck, Anm. 4 zum § 1179; RGZ. 57, 211 Nr. 48). Vollends gibt sie dem Berechtigten nicht ein dingliches Recht an der betreffenden Hypothek und es ist insofern nicht zu beanstanden oder, wie die Revision meint, unverständlich, wenn das Berufungsgericht sagt: der Vormerkungsgläubiger stehe, auch wenn er der Gläubiger der nachstehenden Hypothek sei, außerhalb der von der Vormerkung betroffenen Hypothek. Auch in dem, was er über die Wirkung der Löschungsvormerkung bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks sagt, ist dem Berufungsrichter im allgemeinen beizupflichten. Aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, daß die Hypotheken der Beklagten gemäß dem ZVG. §§ 91, 52 durch den Zuschlag er-

loschen sind. Vermöge des dem § 92 daselbst zugrunde liegenden Surrogationsprinzips tritt der Versteigerungserlös derart an die Stelle des versteigerten Grundstücks, daß die Rechte, die an diesem bestanden haben, soweit sie durch den Zuschlag erlöschen, auf den Erlös übertragen werden (Jäckel, Anm. 1 zum § 92). Der danach auf eine solchergestalt erloschene Hypothek entfallende Erlösteil gebührt insoweit, als bei ihr die Voraussetzungen für das Bestehen einer Eigentümergrundschuld vorliegen (§ 1163), dem Eigentümer, also dem Subhastaten jedenfalls dann, wenn er, wie hier, Eigentümer auch zur Zeit der Eintragung der Hypothek war (f. RGZ. 55, 220 Nr. 51). Ein durch die Vormerkung des § 1179 gesicherter Löschungsanspruch verpflichtet den Eigentümer aber gegenüber dem Löschungsberechtigten, das Recht aus der Eigentümergrundschuld aufzugeben und den darauf entfallenen Erlösteil, soweit jener ein Interesse daran hat, den nachfolgenden Realberechtigten zu überlassen. Und die Vormerkung gibt diesem Anspruche des Löschungsberechtigten die gekennzeichnete Wirksamkeit gegenüber Dritten, so daß auch der Vollstreckungsrichter bei der Verteilung des Versteigerungserlöses entsprechende Rücksicht darauf zu nehmen hat (vgl. RGZ. 57, 212 Nr. 48; OLG. Dresden in SeuffA. 60, 23 Nr. 12). Zu den Dritten, denen gegenüber der Löschungsanspruch mittels der Vormerkung wirksam wird, gehört auch der Inhaber der von dieser betroffenen Hypothek. Bestehen hinsichtlich dieser die Voraussetzungen, unter denen sie zur Eigentümergrundschuld wird, oder unter denen sie sich, wie es in der bei den Hypotheken der Beklagten eingetragenen Vormerkung heißt, mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so setzt sich das Recht des Löschungsberechtigten auf Überlassung des auf die Hypothek entfallenden Erlösteils an die Nachberechtigten deshalb auch ihm gegenüber durch. Ob jene Voraussetzungen bestehen, ist aber beim Streit zwischen ihm und dem Löschungsberechtigten nach den im § 1166 bezeichneten objektiven Merkmalen besonders festzustellen. Keineswegs ist dafür eine zwischen ihm und dem Eigentümer getroffene Feststellung maßgebend, so daß das Recht des Löschungsberechtigten, wie seitens der Beklagten in dieser Instanz geltend gemacht ist, in solcher Feststellung seine ‚Begrenzung' findet. Allerdings kann der Nachhypothekar seinen Widerspruch gegen das Liquidat des Vorhypothekars regelmäßig nicht darauf stützen, daß diesem eine durch seine Hypothek gesicherte Forderung nicht zustehe. Der Grund hierfür liegt aber darin, daß der Nachhypothekar mit einem solchen Widerspruch regelmäßig kein eigenes Interesse verfolgt, weil die Vorhypothek dann eben Eigentümergrundschuld sein und der darauf entfallende Erlösteil nicht ihm, sondern dem Eigentümer gebühren würde (vgl. RGZ. 62 Nr. 42). Und dieser Grund entfällt gegenüber dem Löschungsberechtigten — namentlich auch dann, wenn er, wie hier der Kläger, zugleich Nachhypothekar ist. Sein erörtertes, durch die Vormerkung in der bezeichneten Weise mit dinglicher Wirkung bekleidetes Recht würde auch bedeutungslos sein, wenn die Feststellung seiner Voraussetzungen so, wie die Beklagte meint, in die Hände der Verpflichteten gegeben wäre.

Aus dem Wesen der Löschungsvormerkung und namentlich daraus, daß sie ihre Wirkung nur unter der Voraussetzung äußert, daß die von ihr betroffene Hypothek Eigentümergrundschuld ist, rechtfertigt sich aber auch die Annahme des Berufungsgerichts nicht, daß insbesondere im vorliegenden Falle der Kläger das Bestehen dieser Voraussetzung zu beweisen, also den Nachweis zu führen hat, daß die Beklagte eine Forderung gegen die Firma F. L. S. ‚aus einem derselben von ihr eingeräumten Warenkredit' nicht hat. Das Gegenteil ergibt sich dagegen aus der Natur ihrer Hypotheken als Sicherungs- und insbesondere Höchstbetragshypotheken. Die Sätze, daß sich das (dingliche) Gläubigerrecht bei solchen Hypotheken nach der Forderung bestimmt und daß der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, gelten auch im Zwangsversteigerungsverfahren. Der auf die Hypothek entfallende Teil des Versteigerungserlöses ist deshalb — wenn von einer Löschungsvormerkung abgesehen wird — an den Gläubiger

nur dann auszuzahlen, wenn der Schuldner (Subhastat) dessen Recht darauf anerkennt, sonst aber zu hinterlegen — auch dann, wenn kein Widerspruch erfolgt. Und in dem zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über den hinterlegten Betrag geführten Rechtsstreite muß letzterer seine Forderung beweisen, widrigenfalls der Betrag dem ersteren zuzusprechen ist. Dies nimmt auch das Berufungsgericht an, indem es zutreffend hinzufügt: daß es dabei gleichgültig sei, ob der Gläubiger klage oder verklagt werde (s. Jäckel, Anm. 3 Abs. 4 und Anm. 5 zum § 114 ZVG.; Turnau-Förster, Anm. 7 zum § 1190). Und doch besteht das Recht des Schuldners auf den auf die Hypothek entfallenden Teil des Versteigerungserlöses auch nur auf Grund der Voraussetzung, daß die Hypothek Eigentümergrundschuld ist. Jene dem § 1184 entnommenen Sätze gelten bei ihrer allgemeinen Fassung ebenso im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem hinsichtlich seiner Hypothek Löschungsberechtigten und ergeben für den Streit zwischen ihnen die gleiche Regelung der Beweislast. Die Voraussetzung der Eigentümergrundschuld ist bei einer Sicherungs- und Höchstbetragshypothek eben damit gegeben, daß der eingetragene Gläubiger seine Forderung nicht beweist. Der hier vertretenen Auffassung entsprach übrigens die Regelung der Beweislast bei der Kautionshypothek des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 72 (vgl. Obertrib. bei Striethorst 91, 286; Jäckel, Die Zwangsvollstreckung in Immobilien, 3. Aufl., Anm. 2 zum § 34 des ZVG. vom 13. Juli 83). Der Unterschied zwischen dieser und der Höchstbetragshypothek des BGB. aber ergibt sich im wesentlichen nur aus der Anwendung der §§ 1163, 1177, deren Wirkung durch die Löschungsvormerkung dem Löschungsberechtigten gegenüber in der bezeichneten Weise ausgeschaltet ist.

Die Beklagte ist der Notwendigkeit, die Forderung, von deren Bestehen ihr Hypothekengläubigerrecht abhängig ist, zu beweisen, auch nicht dadurch überhoben, daß die von ihr im Konkurse über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft F. L. S. angemeldete Forderung dort nur vom Konkursverwalter bestritten worden und daß es in dem von ihr darauf gegen den Konkursverwalter angestrengten Prozesse zu einem Vergleiche gekommen ist, in dem dieser die angemeldete und mit der Klage verfolgte persönliche Forderung in Höhe von 33500 ℳ anerkannt hat. Denn, wenn man im Anschluß an das Urteil des Senats Bd. 55 Nr. 39 der Entscheidungen auch annehmen wollte, daß der Kläger jene Feststellung im gegenwärtigen — zwischen Absonderungsberechtigten über Absonderungsrechte geführten — Prozesse gegen sich gelten lassen muß, so ist damit das streitige Hypothekengläubigerrecht der Beklagten doch noch keineswegs festgestellt. Es kommt in Betracht, daß die Beklagte im Konkurse angemeldet und im Vorprozesse geltend gemacht hat, Forderungen, die ihr aus ihrer ‚Geschäftsverbindung' mit der Gemeinschuldnerin zustanden, und daß auch die Feststellung im Vergleiche diese Forderungen betrifft, während die Hypotheken der Beklagten nur für Forderungen aus dem der Gemeinschuldnerin von ihr eingeräumten Warenkredit bestellt sind und daß im gegenwärtigen Prozesse gerade streitig ist, ob und inwieweit die von der Beklagten geltend gemachten Forderungen aus einem der Gemeinschuldnerin eingeräumten Warenkredit herrühren. Und an einer Feststellung in dieser Beziehung fehlt es. Allerdings hat das Berufungsgericht dem Gutachten des Sachverständigen K. gegenüber ausgeführt: mangels einer entgegenstehenden Abrede müsse angenommen werden, daß unter den Forderungen der Beklagten aus Warenkredit alle Forderungen verstanden seien, ‚die der Beklagte aus dem auf gegenseitigen Warenumsatz gerichteten Geschäftsverkehr' erwachsen sind. Eine Feststellung dahin, daß jene von der Beklagten im Konkurse angemeldeten und durch den Vergleich auf 33500 ℳ festgesetzten Forderungen in diesem Sinne Forderungen aus dem der Firma F. L. S. von ihr eingeräumten Warenkredit und somit durch die streitigen Hypotheken gesichert seien, aber ist darin nicht zu finden. Eine solche Feststellung mit Bezug auf die im Konkurse und gegen den Konkursverwalter im Prozesse geltend gemachte Forderung hat das Berufungsgericht nach dem Zusammenhange

seiner Urteilsgründe, in denen der in Rede stehenden Tatsachen nicht einmal gedacht ist, gar nicht treffen wollen. Nach dem Gesagten muß das angefochtene Urteil wegen Verkennung der Beweislast und Verletzung der §§ 1184, 1190 BGB. aufgehoben werden. In der Sache selbst konnte der Senat nicht entscheiden; vielmehr mußte er die Sache nach dem § 565 ZPO. an das Berufungsgericht zurückverweisen. Dieses wird die Frage, ob der Beklagten Forderungen, wegen deren die versteigerten Grundstücke kraft ihrer Sicherungshypotheken hafteten, an die offene Handelsgesellschaft F. L. S. zustehen, auf der hier festgestellten Grundlage von neuem zu prüfen haben. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, daß die Beklagte ihrer Beweispflicht genügt, wenn sie die Entstehung ihrer Forderungen beweist, während der Beweis für eine behauptete Tilgung allerdings dem Kläger obliegen würde (vgl. Planck, Anm. 1a Abs. 1 zum § 1184; Turnau-Förster, Anm. I 7 zum § 1190). Als für die Feststellung des Guthabens maßgebender Zeitpunkt ist der des Erlöschens der Hypotheken infolge des Zuschlages ins Auge zu fassen, wofern nicht die vom Kläger unter Berufung auf die Eintragungsbewilligungen aufgestellte Behauptung richtig ist: daß die Hypotheken nur zur Sicherung von Forderungen bestellt worden seien, die schon damals, d. h. zur Zeit der Eintragungsbewilligung bestanden. Selbstverständlich hat der Kläger in gleicher Weise die Beweislast hinsichtlich seines in der Berufungsinstanz bestrittenen Gläubigerrechts."

643. Voraussetzungen für die Annahme mangelnder Willensübereinstimmung über die Rückzahlung bzw. Löschung einer Hypothek. „Unverzügliche" Anfechtung (BGB. §§ 305, 119, 121). Urt. vom 24. Juni 08, V 508/07.

„. . . Vielmehr scheint der Kläger Nichtzustandekommen des Vergleichs wegen Nichtübereinstimmung des beiderseitigen Willens behaupten zu wollen, indem er in seinem Vorschlag unter ‚Rückzahlung' der K.schen Hypothek etwas anderes verstanden und gewollt habe, wie der Beklagte. Es ist ihm zuzugeben, daß, wenn jener Ausdruck mehrdeutig wäre, Nichtwillensübereinstimmung vielleicht angenommen werden müßte (vgl. RGZ. 58, 233; 66, 122). Aber der Berufungsrichter stellt unter Würdigung des gesamten Briefwechsels und aller Umstände fest, daß unter der im Vergleichsanerbieten vom 19. Juni 1906 verlangten Rückzahlung der K.schen Hypothek nicht auch Löschung dieser Hypothek zu verstehen war.

Hiergegen bestehen rechtliche Bedenken nicht und sind die Zeugenbenennungen des Beklagten dafür, daß auch Rechtsanwalt Th. pp. den Ausdruck im Sinne gleichzeitiger Löschung der 15 900 ℳ verstanden habe, unbehelflich. Für die Frage der Ein- oder Mehrdeutigkeit eines Wortes kommt es auf den allgemeinen Sprachgebrauch, nicht auf Sondermeinungen einzelner an. Die diesbezüglichen Revisionsangriffe gegen obige Feststellung des Oberlandesgerichts und gegen unterlassene Beweiserhebungen sind somit hinfällig.

War aber im Vergleichsvorschlag nach unzweideutigem Sprachgebrauch nur Rückzahlung, nicht auch Löschung der K.schen Hypothek gefordert und hat so der Beklagte den Vorschlag angenommen, so war in diesem Sinne der Vergleich nach BGB. §§ 147, 151 geschlossen und blieb dem Kläger nur übrig, wenn er sich im Irrtum über dessen Sinn und Tragweite befand, ihn unverzüglich gemäß BGB. §§ 119, 121 anzufechten. Solche Anfechtung macht der Kläger auch geltend. Sie kann aber, wie das Vordergericht zutreffend ausführt, nicht schon in dem Brief des Rechtsanwalts Th. vom 30. Juni 1906, worin dieser nur die klägerische Vertragsauslegung bekanntgibt, sondern höchstens im Schreiben des Genannten vom 11. August 1906 gefunden werden, worin sie übrigens auch nicht deutlich erklärt ist, sondern nur von der Unmöglichkeit, noch mit Vergleich zu rechnen und dergleichen gesprochen wird. Da war sie aber verspätet, wie der Berufungsrichter ohne Rechtsverstoß feststellte. Er nimmt an, daß der Kläger schon am 30. Juni 1906 Kenntnis von

seiner irrtümlichen Auffassung seines Vergleichsvorschlages hatte. So durfte der Vorderrichter den Brief des Rechtsanwalts Th. vom 30. Juni 1906 auslegen. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob der Kläger etwa erst durch Schreiben Th.s vom 7. August 1906 sichere Kenntnis von seinem Irrtum erlangt hat und ob gleichwohl die angebliche Anfechtung vom 11. August 1906 verspätet war. In der Rechtsprechung wurde nach den Umständen schon ein dreitägiges Säumen mit der Anfechtung als diese verwirkend angesehen (vgl. JW. 06, 10/5 V 72/07 vom 13. Nov. 07; JW. 07, 327/3 . . ."

644. Mißbräuchliches Verlangen des Ehemanns nach Herstellung der Gemeinschaft, wenn die Frau erst nach der Trennung der Ehegatten erkrankt ist (BGB. § 1353 Abs. 2). Urt. vom 6. Juli 08, IV 584/07.

„. . . Die Revision vermißt ferner den Nachweis, daß die Krankheit der Beklagten, insbesondere die Zuckerkrankheit durch das Zusammenleben mit dem Kläger hervorgerufen sei. Es komme hier in Betracht, was der Berufungsrichter unberücksichtigt lasse, daß die Beklagte frühestens im Januar—Februar 1906 an der Zuckerkrankheit behandelt sei, daß sie in erster Instanz von der Zuckerkrankheit noch nichts erwähnt habe, daß sie nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Klägers bei ihrem Fortgehen blühend und gesund gewesen sei und daß sie dem als Zeugen benannten Werkmeister L. gegenüber als Grund ihres Fortgehens angegeben habe, Kläger habe die Wirtschaft vermietet und sie sei deshalb überflüssig. Auch diese Beschwerde kann keinen Erfolg haben. Mag auch die Zuckerkrankheit der Beklagten, während die nervöse Erkrankung schon früher vorhanden war, erst nach Beginn des Getrenntlebens sich entwickelt haben, so bleibt doch bestehen, daß Beklagte durch die Zuckerkrankheit — wie der Kläger selbst zugibt, der über das jetzige schlechte Aussehen der Beklagten entsetzt ist — so angegriffen ist, daß die Krankheit, wenn sie das Zusammenleben mit ihrem Mann wieder aufnehmen müßte, in höchst ungünstiger Weise beeinflußt werden würde. Der Kläger muß deshalb auf seine Ehefrau die Rücksicht nehmen, daß er sie nicht durch das Verlangen der Rückkehr der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung und Verkürzung des Lebens aussetzt. Ein solches Verlangen ist mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbar und stellt sich als Mißbrauch des ehemännlichen Rechts dar, ohne Unterschied, ob die Krankheit infolge des ehelichen Zusammenlebens schon vor der Trennung oder erst nachher entstanden ist . . ."

645. Geschäftsgewinn aus Geschäften, die eine Ehefrau vor Eingehung der Ehe geschlossen hat (BGB. § 1367). Urt. vom 15. Juni 08, IV 604/07.

„. . . Vorbehaltsgut i. S. des BGB. § 1367 ist nur das, was eine Ehefrau während der Ehe durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt. Was dagegen eine Frau schon vor Eingehung der Ehe erarbeitet hat, was ihr bereits damals als Geschäftsgewinn aus früheren Geschäftsabschlüssen von Dritten geschuldet wurde, gehört zu ihrem eingebrachten Gut. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Abschlusses eines gewinnbringenden Geschäfts, nicht der Tag des Eingangs des sich als Gewinn darstellenden Geldbetrages (Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 4 § 40 I 1 a; Planck, BGB. Bd. 4 § 1367 Nr. 3; Staudinger, BGB. Bd. 4 § 1367 Nr. 4) . . ."

646. Beweisführung im Ehescheidungsprozeß. Ist für die auf Ehebruch gestützte Scheidungsklage die Entscheidung in einem vorangegangenen Ehelichkeitsprozesse bindend? (BGB. § 1565; ZPO. §§ 606 ff.). Urt. vom 4. Juni 08, IV 444/07.

„Die Behauptung des Klägers, daß Beklagte sich des Ehebruchs schuldig gemacht habe, ist im wesentlichen darauf gegründet, daß die Beklagte das am 7. August 1904 geborene Kind Vornamens E. W. nicht von ihm empfangen

haben könne. Der Kläger hat deshalb in einem besonderen Prozesse die Ehelichkeit des Kindes angefochten, ist aber in erster und zweiter Instanz mit der Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das von dem Berufungsgericht, Oberlandesgericht C., am 1. Juni 1907 erlassene Urteil durch das Urteil des erkennenden Senats vom heutigen Tage aufgehoben, weil rechtsirrtümlich, obschon Kläger seiner Ehefrau in der Empfängniszeit nicht beigewohnt hat, die Erzeugung des Kindes vielmehr auf künstliche Befruchtung zurückgeführt wird, BGB. § 1591 Abs. 1 dahin zur Anwendung gebracht ist, daß es zur Ausschließung der Ehelichkeit des Kindes des Beweises der offenbaren Unmöglichkeit bedürfe, daß die Ehefrau des Klägers das Kind von ihrem Ehemann empfangen hat.* Auf der gleichen unrichtigen Beurteilung beruht die im vorliegenden Ehescheidungsprozeß von demselben Berufungsgericht getroffene Feststellung, daß ein Ehebruch der Beklagten nicht nachweisbar sei. Das Berufungsgericht benutzt dieselben Erwägungen, die in dem Ehelichkeitsprozeß von ihm angestellt sind, daß nur der Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Kläger in Betracht kommen könne, auch in dem Ehescheidungsprozesse dazu, um den Beweis des Ehebruchs für nicht geführt zu erklären. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsrichter ein Prozeßverstoß schon um deswillen zur Last fällt, weil er die im Ehelichkeitsprozesse von der Beklagten abgegebene Zeugenaussage für den Ehescheidungsprozeß verwertet, ohne daß, soviel der Tatbestand und die Gründe des Berufungsurteils ergeben, hierüber verhandelt und dem Kläger Gelegenheit gegeben ist, der Benutzung dieser Aussage im Wege des Urkundenbeweises zu widersprechen. In der von der Revision erhobenen Prozeßrüge, daß zu Unrecht die (von der Beklagten in ihrer Zeugenaussage bekundete) Vornahme eines Selbstbefruchtungsversuchs festgestellt sei, ist der vorangeführte Punkt nicht besonders hervorgehoben. Mit Recht wird aber von der Revision gerügt, daß der Berufungsrichter den schon für den Ehelichkeitsprozeß unrichtigen Standpunkt, daß trotz mangelnder Beiwohnung der Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung durch den klagenden Ehemann geführt werden müsse, in gleicher Weise auch für den Beweis des Ehebruchs in dem Ehescheidungsprozesse zur Geltung bringt. Für den Beweis des Ehebruchs gelten keine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regeln, es gilt insbesondere nicht die in § 1591 Abs. 1 Satz 2 angeordnete Beschränkung der Beweisführung. Die Entscheidung im Ehelichkeitsprozeß, daß das Kind als ein eheliches anzusehen sei, schließt auch nicht etwa aus, daß im Ehescheidungsprozesse die Begehung eines Ehebruchs angenommen werden kann . . ."

647. Leichtfertigkeit bei Aufnahme des ehelichen Geschlechtsverkehrs, obwohl der Arzt das Heiraten gestattet hat (BGB. § 1568). Urt. vom 18. Juni 08, IV 555/07.

„. . . 4. Die Leichtfertigkeit, mit der die Ehe vom Beklagten eingegangen wurde und mit der er trotz der festgestellten geschlechtlichen Erkrankung den ehelichen Verkehr mit der Klägerin aufnahm, wird nicht beseitigt, selbst wenn Dr. F. dem Beklagten gestattet haben sollte, zu heiraten. Daß der Berufungsrichter auf diese Behauptung des Beklagten nicht noch besonders und ausdrücklich eingegangen ist, erschien zwar keineswegs unbedenklich. Allein in der Beweisverhandlung vom 26. Oktober 1906 hatte Dr. F. bereits am Schlusse seiner Vernehmung als Zeuge und Sachverständiger eidlich ausgesagt, daß der Beklagte kurz vor der Eheschließung geschlechtskrank gewesen sei und er hatte bei derselben Vernehmung schon vorher bemerkt, er habe den Beklagten ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Geschlechtskrankheit ansteckend sei. Dabei fügte er hinzu: ‚ich habe dies in jedem einzelnen Falle, wo er mich zu Rate gezogen hat, getan'. Es ließ sich daher annehmen, daß nach diesen Zeugen-

---

* S. Nr. 649.

bekundungen der Berufungsrichter die beantragte nochmalige Vernehmung des Dr. F. über jene Behauptung aus sachlichen Gründen für unnötig gehalten hat. Ein genügender Anlaß, dies unter rechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden, lag nicht vor . . ."

648. Sind die Verheimlichung einer Frühgeburt und die Annahme von Gefälligkeiten durch Dienstleistungen schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten? Erfordernisse, wenn auch der Kläger bei der Ehescheidung für schuldig erklärt werden soll (BGB. §§ 1568, 1574 Abs. 3). Urt. vom 15. Juni 08, IV 4/08.

„Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin dem Beklagten eine Frühgeburt verheimlicht hat, die sie im Frühjahr 1905 nach etwa sechswöchiger Schwangerschaft hatte. Das Berufungsgericht hat sodann die Frage, ob die Verheimlichung eines derartigen Ereignisses von seiten einer Ehefrau als Scheidungsgrund anzusehen ist, bejaht und angenommen, daß demgemäß das Verhalten der Klägerin als eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten sich darstelle. Dabei ist noch angeführt worden, die Täuschung des Beklagten durch unwahre Angaben über den Grund der Erkrankung könne nicht gerechtfertigt und Klägerin von der Pflicht zur Wahrhaftigkeit in so wichtigen Dingen wie Schwangerschaft und Abortus nicht entbunden werden durch die vielleicht nicht unbegründete Befürchtung der Klägerin, der Beklagte, der nach ihrer Angabe bei der ehelichen Beiwohnung Schutzmittel angewendet habe, werde, von Eifersucht geblendet, annehmen, sie habe die Ehe gebrochen.

Abgesehen davon, daß der Berufungsrichter die tatsächliche Feststellung nur dahin getroffen hat, die Klägerin habe eine Frühgeburt verheimlicht, nicht aber dahin, sie habe ihrem Mann unwahre Angaben gemacht, hat das Berufungsgericht BGB. § 1568 verletzt, indem es den allgemeinen Satz aufstellte, die Verheimlichung einer Frühgeburt von seiten einer Ehefrau sei als schwere Eheverletzung anzusehen. Ob ein derartiges Verhalten einer Ehefrau als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten aufzufassen ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Die Annahme einer schweren Eheverfehlung ist daher insolange zu beanstanden, als nicht die Umstände dargelegt sind, unter denen die Verheimlichung stattgefunden hat.

Daß die Klägerin Kenntnis von ihrer Schwangerschaft hatte, hat der Berufungsrichter nicht festgestellt. Verheimlichung der Schwangerschaft kommt daher nicht in Betracht. Ob die von dem Berufungsgericht erwähnte Befürchtung der Klägerin sie von der Pflicht entband, dem Beklagten von dem Abortus Mitteilung zu machen und ob sie eine Täuschung rechtfertigte, kann dahingestellt bleiben. Zur Anwendung des § 1568 genügt es nicht, daß überhaupt eine Eheverfehlung vorliegt, es muß vielmehr die Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten eine schwere sein. Es wäre also erforderlich gewesen, darzulegen, daß trotz der erwähnten Befürchtung der Klägerin ihre Verfehlung immer noch eine schwere sei.

Als schwere Ehrenkränkung des Beklagten und als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten hat das Berufungsgericht sodann den Verkehr der Klägerin mit dem Apotheker Dr. J. angesehen. Dabei ist auf das Zeugnis des Dr. J. und auf das Geständnis der Klägerin hingewiesen worden. Dr. J. hatte am 20. November 1905 angegeben: ‚Ich habe in der letzten Zeit häufig die Klägerin wegen des Geschäftsverkaufs in U. besucht. Regelmäßig war ihre Mutter oder Schwester anwesend. Es war im ganzen vier- oder fünfmal.' Das ‚Geständnis' der Klägerin lautete: ‚Es ist wahr, daß Dr. J. auf Bitten der Mutter der Klägerin diese, die Mutter, die Klägerin und deren Kind, nach K. begleitete, um den Damen zu helfen, dort eine Wohnung zu suchen; daß die Mutter dem Dr. J. die Reise bezahlte. Dr. J. hat nur einmal die Klägerin in K. besucht, als er mit seinen eigenen Verwandten

—

dort zusammengetroffen war, ist auch nicht einen Augenblick mit ihr allein gewesen.‘ Das Berufungsgericht hat in diesen Vorgängen, die sämtlich in die Zeit nach der Trennung der Parteien fallen, eine schwere Eheverfehlung der Klägerin aus dem Grunde gefunden, weil Klägerin die krankhafte Eifersucht ihres Mannes gekannt und gewußt habe, daß sich seine Eifersucht gegen J. richte. Daß der Verkehr ehebrecherischer Art gewesen sei, ist, wie das Berufungsgericht angeführt hat, nicht anzunehmen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß in dem geschilderten Verkehr eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten liege, ist zu beanstanden. Ob während des ehelichen Zusammenlebens die Klägerin Dienstleistungen oder Gefälligkeiten des Dr. J. — wie Klägerin zu Beweis gestellt hatte, sind ihre Familie und die Familie J. seit vielen Jahren eng befreundet — aus Rücksicht auf die krankhafte Eifersucht ihres Mannes hätte ablehnen müssen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist darin, daß die Klägerin nach der Trennung von ihrem Mann und nach Erhebung der Scheidungsklage auf die unbegründete Eifersucht ihres Mannes keine Rücksicht nahm und die Vermittlung des Dr. J. wegen des Verkaufs der Apotheke, wegen der Wohnungsmiete in Anspruch nahm oder duldete und einmal seinen Besuch annahm, keine schwere Verfehlung zu finden.

Das Berufungsgericht hat das Gesetz auch verletzt, indem es die Klägerin für schuldig erklärte, ohne die Frage zu prüfen, ob die durch die Klägerin verschuldete Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses so tief sei, daß dem Beklagten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden könne. Das Berufungsgericht hat nur angeführt, das Verhalten der Klägerin habe zur Verstärkung und Vertiefung der vorhandenen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nicht wenig beigetragen. Das genügt nicht zur Anwendung des § 1574 Abs. 3 in Verb. mit § 1568 (vgl. Urt. des RG. vom 16. April 03, JW. 03 B. 72 Nr. 167; 22. Juni 05 und 5. Okt. 05, JW. 05 S. 496 Nr. 24, 693 Nr. 18) . . .“

649. Beiwohnung des Mannes als Voraussetzung für die Vermutung, daß das Kind ehelich sei (BGB. § 1591). Urt. vom 4. Juni 08, IV 443/07.

„. . . Nach BGB. § 1591 ist ein nach Eingehung der Ehe geborenes Kind, mag es die Frau vor oder während der Ehe empfangen haben, ehelich, wenn der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Für diese Beiwohnung spricht nach § 1591 Abs. 2 die Vermutung, auch in dem Falle, daß die Empfängniszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, wo allerdings die Vermutung nur in beschränktem Maße gilt. Die Vermutung hat, soweit die Empfängnis in die Zeit der Ehe fällt, ihre Grundlage in der durch die eheliche Gemeinschaft begründeten Wahrscheinlichkeit des Geschlechtsverkehrs. Die Führung des Gegenbeweises, daß in Wirklichkeit der Ehemann während der Empfängniszeit der Frau nicht beigewohnt hat, ist unbeschränkt zulässig. Wird die Vermutung durch Gegenbeweis widerlegt, so fällt auch die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes fort. Wird die Vermutung nicht widerlegt, so gilt das Kind als ein eheliches, es wird in diesem Falle vermutet, daß durch die Beiwohnung des Ehemannes während der Empfängniszeit die Erzeugung des Kindes bewirkt ist. Diese Vermutung der Ursächlichkeit kann nicht ohne weiteres dadurch beseitigt werden, daß Umstände nachgewiesen werden, die es zweifelhaft erscheinen lassen, ob das Kind aus der Beiwohnung des Ehemannes und der Mutter herrührt. Im Interesse der Ehelichkeit des Kindes ist zur Entkräftung der Vermutung nur der Beweis zugelassen, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat (§ 1591 Abs. 1 Satz 2). Verbleiben irgend welche Zweifel, so ist zugunsten der Ehelichkeit zu entscheiden. Diese Beschränkung des Gegenbeweises greift aber nur Platz, wenn das Kind nach § 1591 Abs. 1 Satz 1 als eheliches anzusehen ist. In dem ersten Entwurf des BGB. (§§ 1468,

1469) war ohne Zulassung eines Gegenbeweises die Fiktion aufgestellt, daß das von der Ehefrau geborene Kind von dem Ehemann erzeugt sei, wenn derselbe innerhalb der in die Zeit der Ehe fallenden Empfängniszeit mit der Ehefrau den Beischlaf vollzogen hatte. Erst von der zweiten Kommission (Protokolle Bd. 4 S. 463) wurde dem Ehemann die Möglichkeit des Gegenbeweises gewährt, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß die Ehefrau das Kind von ihm empfangen habe. Es wird hierdurch bestätigt, was auch die Zusammenziehung in einen Absatz ergibt, daß in der Bestimmung des § 1591 Abs. 1:

> Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat.

Satz 1 und Satz 2 in untrennbarem Zusammenhange stehen. § 1591 Abs. 1 Satz 2 stellt nicht, wie in Anschluß an das Berufungsurteil die Revisionsbeklagte auszuführen sucht, unabhängig von der Bestimmung des Abs. 1 Satz 1 eine selbständige Rechtsregel des Inhalts auf, daß ein jedes in der Ehe geborene Kind ehelich sei, sofern nicht die offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann vorliege, sondern gibt nur eine Ausnahme von der in Satz 1 enthaltenen Bestimmung. Dieser Zusammenhang tritt auch sprachlich darin hervor, daß, während Satz 1 von einem nach Eingehung der Ehe geborenen Kinde spricht, Satz 2 mit den Worten: ‚Das Kind ist nicht ehelich‘ auf dasjenige Kind, von dem in Satz 1 die Rede war, zurückverweist. Die negative Fassung in Satz 2 ist gegenüber der positiven Fassung in Satz 1 gewählt, um damit auszudrücken, daß dem die Ehelichkeit Anfechtenden, der den Tatbestand des Satz 2 behauptet, die Beweislast hierfür zufällt (vgl. z. B. die Ausdrucksweise in BGB. §§ 814, 2339 Satz 2). Das Verhältnis der beiden Sätze zueinander ist genau dasselbe, als wenn der zweite Satz mit den Worten ‚es sei denn, daß‘ an den ersten Satz angeschlossen wäre.

Diese Rechtslage wird, wie die Revision mit Recht rügt, von dem Berufungsrichter verkannt. Nach der im Berufungsurteil getroffenen Feststellung liegt der Fall vor, daß der die Ehelichkeit anfechtende Kläger seiner Ehefrau, von der das Kind geboren ist, während der Empfängniszeit nicht beigewohnt hat, auch keinerlei Versuche der Beiwohnung gemacht hat. Die Empfängnis soll dadurch bewirkt sein . . .* Daß dies kein Fall der Beiwohnung i. S. des § 1591 ist, bedarf keiner Ausführung. Mag es auch zulässig sein, den Begriff der Beiwohnung im Sinne dieses Gesetzes auf beiwohnungsähnliche Handlungen in weitestem Umfange auszudehnen, so kann doch der hier vorliegende Tatbestand, daß die Ehefrau ohne mitwirkende Handlung und in Abwesenheit des Ehemannes dessen Samen zur Selbstbefruchtung verwendet, keinesfalls der Vorschrift des § 1591 Abs. 1 mit der Wirkung unterstellt werden, daß die hier aufgestellte, nur durch den Gegenbeweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann zu beseitigende Vermutung der Ehelichkeit des von der Ehefrau geborenen Kindes zur Anwendung gebracht werden kann. Es ist durch nichts gerechtfertigt, den Kindern, die in dieser anormalen Weise durch künstliche Befruchtung empfangen sein sollen — die Möglichkeit derselben vorausgesetzt — dieselbe Vorzugsstellung hinsichtlich des Beweises der Ehelichkeit einzuräumen, wie den durch Beiwohnung empfangenen Kindern. Rechtlich verfehlt ist es hiernach, wenn der Berufungsrichter den Standpunkt einnimmt, das beklagte Kind sei nur dann als ein uneheliches anzusehen, wenn die Unmöglichkeit, daß die Ehefrau des Klägers das Kind auf die von ihr angegebene Weise emp-

* Es folgt eine Beschreibung, in welcher Weise die Ehefrau sich Sperma ihres Mannes ohne dessen Wissen und Willen eingeführt haben soll, um auf künstlichem Wege eine Befruchtung herbeizuführen.



fangen habe, offen zutage liege. Von diesem das materielle Recht betreffenden Rechtsirrtum wird die Beweiswürdigung des Vorderrichters, der durch Heranziehung der verschiedenartigsten Möglichkeiten das F.sche Gutachten zu entkräften sucht, in jeder Hinsicht beherrscht.

Die Aufhebung des Berufungsurteils ist deshalb geboten. Der Berufungsrichter wird nunmehr von der richtigen Rechtsgrundlage aus zu prüfen haben, ob von der Beklagten der Beweis geführt ist, daß die Ehefrau des Klägers das Kind wirklich von ihrem Ehemann empfangen hat. Es wird hierbei auch zu prüfen sein, ob es nach den Regeln der Wissenschaft überhaupt möglich ist, daß auf dem von der Ehefrau des Klägers geschilderten Wege eine künstliche Befruchtung zustande kommt. Der Berufungsrichter hat eine solche Möglichkeit angenommen und sich dabei auf verschiedene Schriftsteller berufen. Es ist aber nicht anzuerkennen, daß die in Bezug genommenen Stellen (die von der Möglichkeit der Empfängnis trotz hochgradiger Verengung der vagina sprechen) hierfür etwas beweisen. Irrig ist die Meinung des Vorderrichters, daß nach den Motiven zum ersten Entwurf Bd. 4 S. 656 die Ehelichkeit des Kindes im Falle der Impotenz des Mannes nicht habe ausgeschlossen und die Beurteilung des äußerst selten vorkommenden Falles der künstlichen Befruchtung der Rechtsprechung habe überlassen werden sollen. In den Motiven wird an der angeführten Stelle bei Erörterung des § 1469 des ersten Entwurfs, welcher im Falle ehelicher Beiwohnung den Gegenbeweis gegen die Vermutung der Ehelichkeit ausschließen wollte, die Frage besprochen, ob trotz des äußerlichen Aktes der Beiwohnung das Vorhandensein einer Beiwohnung im Sinne des Gesetzes wegen mangelnder Zeugungsfähigkeit des Mannes verneint werden könne, und wird gesagt: daß die Beantwortung dieser Frage der Rechtswissenschaft zu überlassen sei. Mit der künstlichen Befruchtung hat dies nichts zu tun. Bei der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die künstliche Befruchtung möglich ist, handelt es sich um eine naturwissenschaftliche Frage, die nicht ohne genaue Prüfung des jetzigen Standes der physiologischen Forschungsergebnisse unter Zuziehung von Sachverständigen entschieden werden kann. Der gehörte Sachverständige Prof. Dr. F. hat die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung entschieden verneint. Würde gleichwohl der Berufungsrichter sie bejahen wollen, so würde weitere Beweiserhebung unter Vernehmung anderer Sachverständigen unerläßlich sein. Dadurch, daß er das F.sche Gutachten für anfechtbar erklärt, ist eine Beweisgrundlage für die Annahme der Möglichkeit der künstlichen Befruchtung nicht geschaffen. Auch in dieser Hinsicht stellt sich der Vorderrichter auf den rechtlich unhaltbaren Standpunkt, daß es nicht darauf ankomme, die Möglichkeit der Empfängnis auf dem von der Beklagten behaupteten Wege, sondern deren Unmöglichkeit darzutun.

Es kann schließlich noch die Frage aufgeworfen werden, ob es rechtlich möglich ist, durch künstliche Befruchtung eine Vaterschaft desjenigen zu begründen, gegen oder ohne dessen Willen der Samen zur Herbeiführung der Empfängnis benutzt wird. Seitens der Beklagten ist in dieser Beziehung der Sachverhalt so dargestellt, daß der Kläger sich ein Kind gewünscht habe und daß seine Ehefrau, um ihm diesen Wunsch zu erfüllen und zugleich ein besseres Verhältnis zu ihrem Ehemann herzustellen, zu der künstlichen Befruchtung sich entschlossen habe, womit der Kläger, wenn er nur die Überzeugung gewinnen könnte, wirklich auf diesem Wege Vater geworden zu sein, sehr einverstanden gewesen sein würde. Auf eine Prüfung dieser Anführungen nach ihrer tatsächlichen Richtigkeit und nach ihrer rechtlichen Bedeutung ist der Berufungsrichter bisher nicht eingegangen, was nötigenfalls noch nachzuholen ist. Das Revisionsgericht sieht sich nicht veranlaßt, zu der aufgeworfenen Rechtsfrage, deren Bejahung allerdings wegen der sich hieraus ergebenden Folgen, zumal bei Mitberücksichtigung der außerehelichen Empfängnis, begründeten Bedenken unterliegt, schon jetzt vor Aufklärung des in Betracht kommenden tatsächlichen Sachverhalts endgültig Stellung zu nehmen ..."

650. Welchen Rechtsbehelf hat der Nachlaßgläubiger, der bei unzureichendem Nachlaß durch vorherige Befriedigung von Vermächtnisnehmern benachteiligt ist, diesen gegenüber? (BGB. §§ 1979, 1991 Abs. 4, 812; AnfG. §§ 3a, 7). Urt. vom 13. Juni 08, V 471/08.

Der 1904 gestorbene J. J. sen. hatte durch Testament seine Söhne J. J. und A. J. zu Erben eingesetzt und die Beklagten, seine Töchter, durch Vermächtnisse abgefunden, die auf einen Teil seiner Grundstücke eingetragen werden sollten. Die Erben haben die Grundstücke am 1. Juli 1905 auf sich umschreiben und Hypotheken für die Abfindungen eintragen lassen. Der Kläger hat nun am 16. Januar 1906 auf Grund eines Urteils, das er gegen J. J. und A. J. wegen einer Wechselschuld erlangt hatte, die Eintragung von drei Sicherungshypotheken auf den Grundstücken und ferner am 22. Januar 1906 die Eintragung von Vormerkungen auf diese Grundstücke erwirkt, die sein Recht auf Eintragung des Vorranges seiner Sicherungshypotheken vor den Hypotheken der Beklagten erhalten sollten. Mit der Klage verlangt er Verurteilung der Beklagten, seine Befriedigung aus den Sicherungshypotheken vor ihren Hypotheken zu dulden und eine entsprechende Vorrangseinräumung zu bewilligen. Er behauptet, daß seine Forderung eine Forderung gegen den Nachlaß des Vaters sei und daher vor den Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen zu decken sei. Sonst würde sie bei der hohen Grundstücksbelastung in der Zwangsversteigerung ausfallen. In zweiter Instanz hat sich der Kläger zur Stütze seines Antrages auch auf AnfG. §§ 3a, 7 berufen.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter erachtet den Klaganspruch in erster Instanz lediglich darauf gegründet, daß der Kläger, angeblicher Gläubiger des Nachlasses des J. J. sen. ohne weiteres gesetzlich berechtigt sei, von den Beklagten als Vermächtnisnehmern zu verlangen, daß sie seine Befriedigung aus dem Nachlasse vor ihren Hypotheken duldeten, weil Nachlaßschulden vor den Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen befriedigt werden müßten. Diesen Klagegrund erklärt der Berufungsrichter, ohne eine Feststellung darüber zu treffen, ob die Forderung des Klägers als eine Forderung gegen den J.schen Nachlaß anzusehen ist, von vornherein für ungerechtfertigt, weil das Recht, vor den Vermächtnisnehmern befriedigt zu werden, den Nachlaßgläubigern ohne weiteres gemäß KO. § 226 Abs. 1, 2, nur dann gegeben sei, wenn sie im Nachlaßkonkurse mit noch nicht befriedigten Vermächtnisnehmern zusammenträfen. Die Revision macht hiergegen geltend, aus BGB. § 1991 Abs. 4 und KO. § 226 Abs. 2 Nr. 5 folge, daß Vermächtnisnehmer das, was sie aus dem Nachlasse vor den Gläubigern des Erblassers erlangten, an diese herausgeben müßten, weil es ohne allen Rechtsgrund an sie gekommen sei. Dies ist jedoch unzutreffend. Nach BGB. § 1969 haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten und gehören zu den letzteren auch Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen. Ist der Nachlaß überschuldet, so kann der Erbe, auch wenn er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, gemäß KO. §§ 215, 216, 217 Nachlaßkonkurs beantragen. Ferner ist er, wenn er nicht unbeschränkt haftet (BGB. § 2013), gemäß BGB. § 1981 berechtigt, die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen, worauf der Nachlaßverwalter nach BGB. §§ 1985, 1980 die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen oder, wenn der Nachlaß zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten nicht ausreicht, seinerseits den Nachlaßkonkurs zu beantragen hat. In dem Konkursverfahren sind dann die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen, soweit sie nicht etwa schon vorher von dem Erben oder dem Nachlaßverwalter berichtigt worden sind, in der in KO. § 226 Abs. 2 Nr. 5 vorgesehenen Rangordnung, insbesondere auch in dem Range nach den Forderungen der Nachlaßgläubiger, zu berichtigen. Ist die Eröffnung des Konkurses oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich (KO. § 107; BGB. § 1982) oder beruht die Überschuldung des Nachlasses, wie vorliegend vom Kläger behauptet wird, auf Vermächtnissen, so ist der Erbe, ausgenommen

wenn er unbeschränkt haftet (BGB. § 2013), gemäß BGB. §§ 1990, 1991, 1992 berechtigt, die Befriedigung des andrängenden Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, in diesem Falle jedoch verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Sind mehrere Nachlaßgläubiger vorhanden, so ist der Erbe hinsichtlich der Herausgabe des Nachlasses, damit die Nachlaßgläubiger sie als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen müssen (BGB. § 1979), nicht zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge der Gläubiger verpflichtet; jedoch sind in dieser Hinsicht ausgenommen die Berechtigten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, deren Ansprüche der Erbe gemäß BGB. § 1991 Abs. 4 nur so berichtigen darf, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden. Hat der Erbe, was vorliegend nach den Behauptungen des Klägers in Frage kommen könnte, trotz Überschuldung des Nachlasses infolge von Vermächtnissen die Verbindlichkeit aus einem Vermächtnisse mit Mitteln des Nachlasses erfüllt, ohne zuvor die vorgehenden Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse zu decken, so mögen diese Gläubiger berechtigt sein, gegen den Erben so vorzugehen, wie wenn er an den Vermächtnisnehmer aus dem Nachlasse nichts geleistet hätte; auch mag dem Erben, wenn er in Unkenntnis der Überschuldung des Nachlasses geleistet hätte, gegen den Vermächtnisnehmer ein Rückforderungsrecht gemäß BGB. § 813 zustehen (Planck Anm. 1 f., 5 zu BGB. § 1991). Aber zwischen dem Vermächtnisnehmer und den anderen Nachlaßgläubigern sind dadurch, daß der Erbe den ersteren vor den letzteren befriedigt hat, keine rechtlichen Beziehungen begründet worden, die den Vermächtnisnehmer verbinden würden, das Erhaltene an die Nachlaßgläubiger herauszugeben. Daraus folgt für den gegebenen Fall, daß der Kläger lediglich deswegen, weil die, seinen Sicherungshypotheken zugrunde liegende Forderung angeblich bereits gegen den Erblasser begründet war, dagegen die Hypotheken der Beklagten von den Erben gemäß dem Testamente zur Sicherung von Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen bestellt worden sind, nicht verlangen kann, daß die Beklagten seine Befriedigung aus den Sicherungshypotheken vor ihren Hypotheken dulden und mit diesen Hypotheken den Sicherungshypotheken den Vorrang einräumen. Es ist daher dieser Klaggrund vom Berufungsrichter mit Recht verworfen worden ...

Dagegen greift die Revision die weitere Annahme des Berufungsrichters mit Recht an, daß auch, insoweit die Klage unzulässig geändert worden sei, als der Kläger in zweiter Instanz erklärt habe, sein Anspruch auf Befriedigung aus den Vermächtnishypotheken der Beklagten sei nach den Vorschriften des AnfG. §§ 3a, 7 begründet. Folgt man der Darstellung des Berufungsrichters in seinem Tatbestande und in den diesen ergänzenden Entscheidungsgründen, so hat der Kläger in erster Instanz nicht nur in der Klagschrift, sondern auch in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, er habe wegen der Forderung gegen den Erblasser J. J. sen., zu deren Sicherung die fraglichen drei Sicherungshypotheken auf Nachlaßgrundstücke eingetragen worden seien, einen vollstreckbaren Titel gegen die beiden Erben erlangt, die Zwangsvollstreckung gegen diese Erben sei fruchtlos ausgefallen, die seinen Sicherungshypotheken vorgehenden Hypotheken seien von den Erben zur Sicherung von Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen auf Nachlaßgrundstücke am 1. Juli 1905 eingetragen worden. Daher müßten die Beklagten seine Befriedigung aus den Nachlaßgrundstücken vor ihren Hypotheken dulden. Danach sind vom Kläger solche Tatsachen behauptet worden, die zur Begründung des Anfechtungsanspruches ausreichen. Denn unterstellt man die Richtigkeit dieser Behauptungen, so haben „die Erben“ durch Eintragung der Hypotheken für die Beklagten auf Nachlaßgrundstücke „Vermächtnisse aus dem Nachlasse erfüllt“, da unter „Erfüllung“ in § 3a des zitierten Gesetzes nach dem Zwecke des Gesetzes auch Rechtsakte zur Sicherung von Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen, wodurch dem Nachlasse zum Nachteile der übrigen Gläubiger Vermögen entzogen wird, zu verstehen sind (Falkmann, AnfG. S. 42; Jaeger, Anm. 3 zu AnfG. § 3a);

ferner ist dann der Kläger ein Nachlaßgläubiger, der im Konkurse über den Nachlaß den Beklagten als den Empfängern der Hypotheken gemäß KO. § 226 Abs. 2 Nr. 5 im Range vorgehen würde; weiter wären auch die im § 2 des Gesetzes bestimmten allgemeinen Voraussetzungen für die Anfechtung gegeben, indem der Kläger für seine fällige Forderung einen vollstreckbaren Titel hätte und die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner, der i. S. des § 3a des Gesetzes der Erbe ist (Jaeger, Anm. 11 zu AnfG. § 3a), zur Befriedigung des Klägers nicht geführt hätte, endlich wäre auch die im § 3 Nr. 3 des Gesetzes bestimmte besondere Voraussetzung für die Anfechtung der Leistung des Erben als einer unentgeltlichen Verfügung vorhanden, daß nämlich die Anfechtung innerhalb eines Jahres seit Vornahme der unentgeltlichen Verfügung erfolgt, denn die Hypotheken sind am 1. Juli 1905 eingetragen worden und die Klage ist im Februar 1906 erhoben. Auch der Klagantrag würde, wenigstens soweit Duldung der Befriedigung aus den Nachlaßgrundstücken vor den Hypotheken der Beklagten verlangt wird, dem AnfG. § 7 entsprechen (RGZ. 47, 222; JW. 99, 831 Nr. 13; GruchotsBeitr. 46, 391). Waren aber die zur Begründung des Anfechtungsanspruches genügenden Tatsachen bereits in erster Instanz behauptet, so liegt nicht deshalb eine Klagänderung vor, weil der Kläger noch nicht in erster Instanz, sondern erst in zweiter Instanz den rechtlichen Standpunkt, wie der Berufungsrichter sagt, vertreten hat, daß sein geltend gemachter Anspruch nach dem Anfechtungsgesetze begründet sei (JW. 98, 280 Nr. 15; 00, 874 Nr. 10) . . ."

651. Befugnis eines Miterben, Zahlung an ihn für alle Erben zu verlangen (BGB. §§ 2039, 167 ff.). Urt. vom 27. Juni 08, V 206/07.

„In zweiter Instanz hat der Beklagte den Einwand erhoben, der Kläger sei nicht aktiv legitimiert, weil die von seinen Miterben ihm erteilte Ermächtigung zur Einziehung der Erbschaftsaußenstände nicht eine Zession sei, die ihn allein zum Gläubiger machen könnte. Darauf hat der Kläger den Eventualantrag gestellt, den Beklagten zu verurteilen, den streitigen Betrag für alle Erben zu hinterlegen. Der Beklagte hat gegen diesen Eventualantrag Widerspruch erhoben, weil er eine unzulässige Klagänderung enthalte. Der Berufungsrichter aber hat den Kläger für aktiv legitimiert erachtet, weil die Befugnis, den Anspruch auf Leistung an alle Erben geltendzumachen, dem Kläger schon auf Grund des BGB. § 2039 zugestanden habe, daher die Ermächtigung der Miterben nur den Sinn gehabt haben könne, ihm noch ein weiteres Recht zu geben, nämlich das, die Leistung an sich zu fordern und in Empfang zu nehmen. Die Revision rügt Verletzung des BGB. § 2039, weil der Kläger kraft eigenen Rechtes nur Leistung an alle Erben fordern könne; die ihm von den übrigen Miterben erteilte Ermächtigung zur Einziehung der Nachlaßforderungen gebe ihm nur die Befugnis, im Namen aller Miterben Klage zu erheben. Die Rüge ist nicht begründet. Nach BGB. § 2039 Satz 1 kann jeder Miterbe, wenn ein Anspruch zum Nachlasse gehört, von dem Verpflichteten Leistung an alle Erben fordern, mithin kraft eigenen Rechtes diese Leistung an alle Erben auch im Klagewege verfolgen. Von diesem Rechte hat der Kläger vorliegend Gebrauch gemacht. Allerdings verlangt er, daß der Beklagte die streitige Nachlaßforderung an ihn selbst bezahle; jedoch will er nicht für eigene Rechnung, sondern für die Gesamtheit der Erben Zahlungsempfänger sein. Zu dieser Zahlungsempfangnahme ist er zufolge der ihm von den übrigen Erben erteilten Ermächtigung zur Einziehung der Nachlaßforderungen berechtigt. Eine Zahlung aber an einen von allen Erben zur Empfangnahme der Zahlung Bevollmächtigten steht rechtlich gleich einer Zahlung an die Erben persönlich. Deshalb ist jeder von mehreren Erben auch für befugt zu erachten, von dem Nachlaßschuldner Zahlung an einen von allen Erben Bevollmächtigten im Klagewege aus eigenem Rechte, also als Partei (JW. 94, 322 Nr. 37; Gaupp-Stein, Vorbem. Ia, b vor ZPO. § 50), zu verlangen. Da nun vorliegend der Kläger selbst von den Erben zur Empfangnahme der Zahlung bevollmächtigt

ist, so ist er berechtigt, vom Beklagten Zahlung an ihn selbst zu fordern. Der Beklagte wird auch durch die Zulassung einer solchen Klage in keiner Weise benachteiligt. Denn er wird durch die Zahlung an den Kläger als Bevollmächtigten der Erben ebenso von seiner Schuld befreit, wie wenn er an alle Erben persönlich Zahlung leisten würde und die Einwendungen, die ihm etwa, sei es gegenüber dem Kläger unmittelbar, sei es aus dem gemeinsamen Rechte der Miterben, gegen diese zustehen, kann er in gleicher Weise wie gegen einen Klaganspruch auf Zahlung an alle Erben geltend machen. Der Berufungsrichter hat daher den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation des Klägers mit Recht verworfen . . ."

652. Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne (BGB. § 2242 Abs. 2). Urt. vom 2. Juli 08, IV 580/07.

Das Protokoll über die Testamentserrichtung, deren Gültigkeit bestritten ist, schließt folgendermaßen:

„Hierauf wurde das Protokoll dem Erblasser vorgelesen, von ihm mündlich genehmigt und wie folgt, eigenhändig mit dem Handzeichen † † † versehen, welches die unterzeichneten Gerichtspersonen als dasjenige des Schreibens unkundigen Erblassers J. M. bestätigten.

Gesehen . . . (Unterschriften)."

Aus den Gründen:

„Die Revision rügt Verletzung des BGB. § 2242 Abs. 2. Sie macht geltend, das Protokoll vom 16. Oktober 1905 enthalte nicht die gesetzlich erforderliche Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne. Der Angriff konnte keinen Erfolg haben. Für die Formgültigkeit des Testaments eines Schreibensunkundigen kommt es allerdings gerade auf dessen Erklärung an. Es ist aber nicht erforderlich, daß diese Erklärung mit bestimmten rechtsförmlichen Worten in dem Protokoll Ausdruck gefunden hat; es genügt vielmehr, daß die Feststellung der Erklärung irgendwie in einer schlüssigen und zweifelsfreien Weise aus dem Protokolle hervorgeht. Insbesondere kann, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, unter Umständen die Unterkreuzung des Protokolls seitens des Erblassers mit seinem Handzeichen von Bedeutung sein (RGZ. 65, 372 sowie das zum Abdruck bestimmte Urt. vom 27. Mai 08 in Sachen E./N. IV 457/07). Das Berufungsgericht erblickt in dem vorliegenden Falle in der sich in dem Schlußvermerke des Protokolls findenden Unterzeichnung des Erblassers mit drei Kreuzen in Verbindung mit den unmittelbar vorausgehenden und nachfolgenden Worten des Vermerks einmal die Erklärung des Erblassers gegenüber dem das Testament aufnehmenden Richter, daß er nicht schreiben könne und sodann die unzweideutig aus dem Protokolle zu entnehmende Feststellung dieser Erklärung des Erblassers. Die Auslegung, zu der der Tatrichter gelangt ist, war nach dem gesamten Inhalte des Protokolls möglich und, da ihr eine rechtsirrtümliche Auffassung des BGB. § 2242 nicht zugrunde liegt, für das Revisionsgericht maßgebend.

Ein Bedenken gegen die Formgültigkeit des Testaments kann auch nicht etwa daraus hergeleitet werden, daß eine Vorlesung und Genehmigung des die Erklärung des Erblassers enthaltenden Schlußvermerks nicht stattgefunden hat. Solches war, wie der erkennende Senat bereits früher angenommen hat, nicht erforderlich (RGZ. 63, 31) . . ."

653. Aufnahme des Wortes „Brauhaus", das in der Firma einer Brauerei vorkommt, in die Firma einer anderen Brauerei (HGB. §§ 37 Abs. 2, 29; UnlWG. § 8). Urt. vom 22. Mai 08, II 10/08.

Klägerin ist die Aktiengesellschaft Brauhaus N. in N.

Aus den Gründen:

„. . . Die Klägerin ist mit ihrem Antrag, dem Beklagten die Führung seiner Firma in abgekürzter und in ausgeschriebener Form zu untersagen,

unterlegen. Der Berufungsrichter führt dazu aus, die Firma des Beklagten unterscheide sich selbst in der abgekürzten Form ‚Brauhaus W.' deutlich von der Firma der Klägerin. Gemeinsam sei beiden Firmen zwar das Wort ‚Brauhaus'; allein dieses Wort bezeichne, wie das Publikum wisse, nicht eine bestimmte Braustätte, sondern den Geschäftsbetrieb einer Brauerei; die Hinzufügung der Ortsbezeichnung ‚W.' stelle eine deutliche, jedermann erkennbare Unterscheidung her; somit sei das Firmenrecht der Klägerin nicht verletzt, eine Verwechslungsfähigkeit ausgeschlossen und seien daher weder HGB. §§ 37 Abs. 1, 29 noch UnlWG. § 8 anwendbar.

Die Klägerin macht an diesen rechtlich nicht zu beanstandenden Ausführungen die Ausstellung, es sei nicht berücksichtigt, daß ihr Bier nach ihrer Behauptung beim Publikum als Brauhausbier bekannt sei; hieraus will Klägerin schließen, daß die Bezeichnung ‚Brauhaus' keine allgemeine Geschäftsbezeichnung darstelle; denn der Beklagte kündige auf seinen Tafeln sein Bier als Brauhausbier, also als Bier der Klägerin an.

Diese Rüge ist nicht berechtigt. Der Beklagte kündigt sein Bier nicht als Bier der Klägerin an, sondern er gibt nach den Feststellungen des Berufungsrichters dem Publikum durch Anbringung seiner Tafeln an Wirtschaften vor, in diesen Wirtschaften komme Bier der Klägerin zum Ausschank, während er dort sein eigenes Bier als solches verzapfen läßt. Wenn aber der Beklagte in der Tat sein Bier als von der Klägerin stammendes Bier ausbieten würde, so läge in diesem Verhalten kein Mißbrauch der Firma der Klägerin. Wer eigene Waren mit einer fremden Firma versieht, verletzt nicht das Firmenrecht des HGB. §§ 37 Abs. 2, 29. Denn er gebraucht nicht die fremde Firma als eigene, sondern er kündigt eigene Ware als fremde an.

Endlich unterscheiden sich die beiden Firmen deutlich voneinander. Mit ‚Brauhaus' wird allgemein die Art des gewerblichen Unternehmens bezeichnet. Wenn nun das Bier der Klägerin in N. als Brauhausbier bekannt sein sollte, so hat die Bezeichnung des von der Klägerin erzeugten Bieres schon danach nichts mit der Firmenbezeichnung zu tun.

Der Berufungsrichter verneint insbesondere die Anwendung des UnlWG. § 8, weil der Beklagte nicht seine Firma in einer Art und Weise gebrauche, die Verwechslungen hervorzurufen geeignet sei, sondern er ahme die Plakate der Klägerin so nach, daß der Firmenunterschied auf diesen Plakaten verschwinde; deshalb verbietet der Berufungsrichter nicht die Firma, sondern die Plakate. Die Klägerin erblickt hierin einen inneren Widerspruch. Dieser Widerspruch ist nicht vorhanden.

Die Klägerin meint, es seien BGB. § 12 sowie BGB. §§ 823, 826 durch Nichtanwendung verletzt. Allein das bürgerliche Namenrecht hat neben dem Firmenrecht des HGB. § 37 Abs. 2 keinen Raum und mit Verneinung der Verwechslungsfähigkeit fallen BGB. §§ 823, 826 ohne weiteres hinweg ..."

654. Verneinte Gefahr der Verwechslung mehrerer Fachzeitschriften (UnlWG. § 8). Urt. vom 26. Juni 08, II 19/08.

„... Das Kammergericht ist zugunsten der Klägerin (Revisionsklägerin) davon ausgegangen, daß die Titel der Zeitschriften der Parteien als die besondere Bezeichnung einer Druckschrift anzusehen sind. Es hat aber die Abweisung der Klage für gerechtfertigt erklärt, weil die Benutzung des Titels der Zeitschrift der Beklagten nicht geeignet sei, Verwechslungen mit der Zeitschrift der Klägerin hervorzurufen, und auch den Beklagten die Absicht fehle, Verwechslungen herbeizuführen. In ersterer Beziehung hat das Kammergericht als wesentlich, als allein schon genügend zur Ausschließung der Verwechslungsgefahr den Umstand erachtet, daß die Zeitschrift der Klägerin als Erscheinungsort B., dagegen die Zeitschrift der Beklagten, und zwar durch besonders fetten Druck hervortretend, als Erscheinungsort W. angebe und dabei in dem Titel den nicht zu übersehenden Zusatz ‚Österreichische' führe; es hat dabei noch besonders darauf hingewiesen, daß, da beiderseits Fachzeitschriften in Frage

ständen, nur solche Leute an ihnen ein Interesse nähmen, die als Ingenieure, Techniker, Optiker, Mechaniker u. dgl. oder als Fabrikanten und Kaufleute zu den im Titel der Zeitschriften genannten Branchen wissenschaftliche, kaufmännische oder dgl. Beziehungen hätten, solche Interessenten aber, da Fachzeitschriften immer einige Ähnlichkeiten im Titel aufwiesen, daran gewöhnt seien, sorgfältig die Titel der einzelnen Fachschriften zu unterscheiden und nicht nur auf den Namen, sondern auch auf den Erscheinungsort zu achten. Diese Begründung ist rechtlich bedenkenfrei und trägt die Entscheidung. Da es sich um Wettbewerb im geschäftlichen Verkehr handelt, kommen bei Prüfung der Verwechslungsgefahr, wie der erkennende Senat bereits ausgesprochen hat, II 336/1900, die Anschauungen, Erfahrungen und Gewohnheiten des betreffenden Verkehrskreises in Betracht, nämlich im vorliegenden Falle des Publikums, das die Zeitschriften zu lesen pflegt, und der Berufungsrichter konnte, wenn er sich hierfür als genügend informiert erachtete, diese Anschauungen und Gepflogenheiten, wie geschehen, aus eigener Wissenschaft feststellen und besonders auch aussprechen, daß im Verkehr neben dem eigentlichen Titel auch der Erscheinungsort der Zeitschrift beachtet wird. Letzteres wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Zeitschrift der Klägerin bereits seit mehreren Jahren, die Zeitschrift der Beklagten erst seit kurzer Zeit besteht. Das Wort: ‚Österreichische' bildet einen Teil des Titels der Zeitschrift der Beklagten, und indem das Berufungsgericht gesagt hat, dieses Wort könne füglich nicht übersehen werden, hat es zum Ausdrucke gebracht, daß es nicht nur durch seine Erscheinung, wie es gedruckt ist, sondern auch in seinem Wortlaute hervortritt. Dieses ist eine genügende Begründung, und damit zerfällt das von der Klägerin vorgebrachte Bedenken, daß nicht geprüft sei, ob nicht der übrige Teil des Titels der Zeitschrift der Beklagten so markant sei, daß das Wort ‚Österreichische' dagegen zurücktrete. Der Klägerin kann darin nicht beigepflichtet werden, daß die Prüfung, ob Verwechslungsgefahr vorliege, auch darauf zu erstrecken sei, wie die Bezeichnung an sich, ohne daß dabei die Zeitschrift vorliege, in seiner Anwendung zu wirken geeignet sei, denn da das Gesetz die Benutzung der besonderen Bezeichnung einer Druckschrift in einer zur Verwechslung geeigneten Weise verbietet, kommen auch die weiteren Umstände in Betracht, in welcher Weise der Titel benutzt wird. Das Berufungsgericht konnte daher mit Recht Wert auf die Verschiedenheit des unter dem Titel erwähnten großgedruckten Erscheinungsortes auf beiden Zeitschriften legen unter Berücksichtigung der Gewohnheit des beteiligten Publikums, wie denn auch von demselben rechtlichen Gesichtspunkte aus nicht zu beanstanden ist, wenn das Kammergericht für die Verneinung der Verwechslungsgefahr noch auf die verschiedene Farbe der beiderseitigen Titelblätter, auf die verschiedene Anordnung der Titelworte und die Art des Druckes hingewiesen hat (vgl. II 170/1900). Die Bezugnahme auf die Verschiedenheit in der Anordnung des Inhalts in den beiden Zeitschriften war für den Berufungsrichter nicht entscheidend, wie sich daraus ergibt, daß er als wesentlich die Verschiedenheit der Erscheinungsorte der beiden Zeitschriften in Verbindung mit dem Zusatze ‚Österreichische' in dem Titel der beklagtischen Zeitschrift angeführt hat. Die Begründung der Verneinung der Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeitschriftstiteln läßt daher einen Rechtsirrtum nicht erkennen, aus ihr konnte auch der Berufungsrichter mit tatsächlichen Erwägungen auf das Fehlen der Absicht der Beklagten, Verwechslungen hervorzurufen, schließen. Die Revision war daher kostenfällig zurückzuweisen."

655. Festsetzung der Zahl der Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag (GmbHG. §§ 3, 53). Urt. vom 1. Juni 08, I 382/07.

„. . . Die Festsetzung der Zahl der Geschäftsführer gehört nach GmbHG. § 3 nicht zu den wesentlichen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrages. Fehlt sie darin, so unterliegt die Bestimmung der Zahl nach §§ 45 Abs. 2, 46 Nr. 5, 47 des Gesetzes der Beschlußfassung der Gesellschafter nach der Mehrheit der

abgegebenen Stimmen. Wenn der Gesellschaftsvertrag dagegen die Zahl festsetzt, so enthält die Änderung der Zahl auch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, die nur durch einen dem § 53 des Gesetzes entsprechenden Beschluß der Gesellschafter erfolgen kann. Dem § 9 des Gesellschaftsvertrages vom 5. Mai 05 fehlt zwar eine ausdrückliche allgemeine Bestimmung in betreff der Zahl der Geschäftsführer. Es sind aber darin drei Personen zu Geschäftsführern bestellt und die die Geschäftsführer betreffenden Vorschriften des Vertrages ergeben im Zusammenhange, daß auf die Dreizahl Gewicht gelegt worden ist. Der § 9 unterscheidet zwischen dem ersten und den beiden anderen Geschäftsführern. Jenem liegt die Leitung des kaufmännischen Teiles, diesen die Leitung des technischen Teiles der Geschäftsführung ob. Nach § 10 des Gesellschaftsvertrages ist die Zeichnung der Firma für die Gesellschaft verbindlich, wenn sie entweder durch den ersten Geschäftsführer allein oder durch die beiden anderen Geschäftsführer zusammen vollzogen ist. Im Rahmen dieses Paragraphen würde ein vierter Geschäftsführer keinen Platz finden und, obwohl nach § 11 des Vertrages die Firma durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen gezeichnet werden darf, kann doch diese Bestimmung, da in demselben Paragraphen die Befugnis des ersten Geschäftsführers, allein zu zeichnen, wiederholt ist, nur dahin verstanden werden, daß die Zeichnung durch einen Prokuristen und einen der beiden anderen Geschäftsführer genügen soll. Aus den §§ 9, 10 und 11 des Vertrages ergibt sich daher, daß die beklagte Gesellschaft drei Geschäftsführer — einen kaufmännischen und zwei technische Leiter der Geschäfte — haben soll, von denen jener als erster Geschäftsführer fungieren und bezüglich der Zeichnung der Firma bevorrechtet sein soll. Insoweit ist auch die Verteilung der Geschäfte durch den Gesellschaftsvertrag festgelegt. ‚Im übrigen', d. h. soweit der Vertrag keine Bestimmungen trifft, erfolgt nach § 9 die Bestellung der Geschäftsführer und der Widerruf der Bestellung durch den Beirat. Hierher gehört nicht die Bestellung eines vierten Geschäftsführers, da durch sie die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Dreizahl der Geschäftsführer erhöht und dieser Vertrag abgeändert werden würde. Die Befugnis zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages, die allein den Gesellschaftern zusteht, würde rechtswirksam einem anderen Organe nicht übertragen werden können . . ."

656. Anwendung eines bekannten Verfahrens auf einen neuen Gegenstand als Erfindung (PatG. § 1). Urt. vom 29. Juni 08, I 592/07.

„. . . Es ist nicht richtig, daß die Anwendung eines bekannten Verfahrens auf einen neuen Gegenstand unter keinen Umständen eine Erfindung wäre. Bereitet die Anwendung besondere Schwierigkeiten, die bisher unüberwindlich erschienen und führt sie zu ungeahnten technischen Erfolgen, so ist nicht einzusehen, was der Erteilung eines Patentes im Wege stände (vgl. RG. 20. März 89, Rep. I 14/88, bei BolzePr. 7 Nr. 155). Ebensowenig greift es durch, wenn die Kläger geltend machen, der Vertrieb der V.schen Apparate dürfe nicht durch ein Verbot ihrer Verwendung zur Milchtrocknung gehindert werden. Abgesehen davon, daß das Patent 150473 eine bestimmte Vorrichtung nicht zum Gegenstande hat und der Beklagte nicht daran denkt, den Absatz der V.schen Apparate verbieten zu wollen, ist es durchaus zulässig, ein Verfahrenspatent dahin zu erteilen, daß eine bekannte Maschine zu dem neuen Verfahren angewendet wird (vgl. z. B. RG. 29. Jan. 90, Rep. I 293/89, bei BolzePr. 9 Nr. 99) . . ."

657. Abhängigkeit eines jüngeren Patents von einem älteren (PatG. § 10 Ziff. 2). Urt. vom 15. Juni 08, I 561/07.

„. . . Die Behauptung der Abhängigkeit eines jüngeren zu Recht bestehenden Patents von einem älteren schließt notwendigerweise das Zugeständnis ein, daß das jüngere Patent bedeutsame, des Erfindungsschutzes würdige Neuerungen darbietet. Aber diese Neuerungen sollen sich nur darstellen als

Verbesserungen und Vervollkommnungen des Erfindungsgedankens, der in dem älteren Patent unter Schutz gestellt ist. Das Tochterpatent benutzt den Erfindungsgedanken des Mutterpatents und ist deswegen von diesem abhängig, d. h. es darf nicht ohne Einwilligung des Inhabers des Mutterpatents in Gebrauch genommen werden . . ."

658. Voraussetzungen eines auf Patentverletzung gestützten Bereicherungsanspruchs (PatG. § 35). Urt. vom 24. Juni 08, I 379/07.

„Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hat S. bei dem Theaterbau in H. den von ihm erfundenen Sternenhimmel verwendet, ohne etwas davon zu erwähnen, daß der Kläger der Inhaber des für die Erfindung erteilten Patents ist und eine Lizenzgebühr für seine Benutzung beansprucht. Allerdings ist in dem Ende Juni 1904 aufgestellten Kostenanschlag von S. die Position aufgenommen worden

360 Stück Glühlampen der Deckenbeleuchtung des Zuschauerraumes einschließlich Zuschlag Sternenhimmel 5 W. K. à 20 ℳ = 7200 ℳ

und Kläger macht geltend, daß, da der Wert einer Glühlampe nur 8 ℳ betrage, hierdurch klar zum Ausdruck gebracht worden sei, daß ‚der Zuschlag' als Lizenz beansprucht werde. Allein auch wenn dem Kläger hierin gefolgt werden könnte, so war es doch für die Beklagte in keiner Weise erkennbar, daß ein Dritter diese Lizenz beanspruche. Die Beklagte hat ausschließlich mit S. kontrahiert. Letzterer war, wie Kläger selbst einräumt, ermächtigt, der Beklagten die Benutzung des Patents zu überlassen. Es sind nun nach dem Verhalten des S. zwei Fälle denkbar. Entweder hat er als Vertreter des Klägers über die Patentbenutzung verfügt, hat aber den Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortreten lassen (vgl. BGB. § 164 Abs. 2); oder S. hat als mittelbarer Stellvertreter, nämlich in eigenem Namen aber für fremde Rechnung, kontrahiert. In beiden Fällen kam ein Vertragsverhältnis nur zwischen S. und der Stadtgemeinde zustande. Mit Recht haben daher die Vorinstanzen angenommen, daß der Anspruch des Klägers auf Vertrag oder Quasivertrag nicht gestützt werden kann.

Ein solcher besteht aber auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

Ging die Ermächtigung des S. nur dahin, unter Vorbehalt des Lizenzanspruchs des Klägers über die Benutzung des Patentes zu verfügen, so hat er, wenn er als Vertreter des Klägers handelte und dabei sowohl dieses Vertretungsverhältnis verschwieg, als auch jenem Vorbehalt zuwiderhandelte, die Benutzung des Patentes der Beklagten überhaupt nicht rechtmäßig eingeräumt. Der Anspruch des Klägers wegen der nicht rechtmäßigen Benutzung des Patentes fiele hiernach unter PatG. § 35. Nun kann aber ein Anspruch aus Bereicherung wegen Patentverletzung, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat (vgl. RGZ. 15, 132; 35, 70 ff.; 43, 59 ff.), nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht geltend gemacht werden und diese liegen nicht vor. Das von dem Oberlandesgericht festgestellte Streitverhältnis läßt in keiner Weise erkennen, daß die Beklagte bei dem Vertragsabschluß mit S., den sie nach seinem Auftreten für den Erfinder und Patentinhaber hielt und halten mußte, vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hätte. Die Ansprüche des S. gegen die Beklagte sind aber, wie gleichfalls tatsächlich festgestellt ist, durch die ihm von der Stadt gewährte Vergütung von 5 Proz. der Bausumme völlig ausgeglichen . . ."

659. Unzulässige Auslegung des Zuschlagsbeschlusses auf Grund von Vorgängen im Versteigerungstermin, die im Beschlusse selbst nicht berücksichtigt sind (ZVG. § 82). Urt. vom 9. Mai 08, V 488/07.

Eine Rechtsvorgängerin der Klägerin hatte für das Ziegeleigrundstück einer Frau D. eine Lokomobile mit Zubehör mietweise unter Eigentums-

vorbehalt geliefert. Das Grundstück wurde zuerst gegen Frau D. zwangsweise versteigert. Die Klägerin erwirkte einen Gerichtsbeschluß, wonach die Lokomobile mit Zubehör von der Versteigerung ausgeschlossen wurde. Im Versteigerungstermine verkündete das Vollstreckungsgericht einen gleichen Beschluß. H. erhielt den Zuschlag. Der Zuschlagsbeschluß enthielt u. a. den Vordruck, daß dies auf Grund der Ergebnisse des Versteigerungstermins unter den sonstigen gesetzlichen Versteigerungsbedingungen geschehe. Von der Lokomobile war nichts erwähnt.

Gegen H., der nicht zahlen konnte, wurde wiederum die Zwangsversteigerung eingeleitet. In den Terminsbekanntmachungen war bemerkt, daß vom Zubehör u. a. die Lokomobile nicht mit versteigert werde. Bei der Versteigerung wurden nach dem Protokoll die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen festgestellt. Der Beklagte erhielt den Zuschlag. Der Zuschlagsbeschluß war wie der frühere gefaßt und erwähnte die Lokomobile auch nicht.

Die Klägerin hat zunächst Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Lokomobile mit Zubehör, in zweiter Linie zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung beantragt. In der Berufungsinstanz hat sie in erster Linie beantragt, den Beklagten zur Herausgabe der Gegenstände an einen gerichtlich zu bestellenden Sequester als Vertreter der Interessenten zu verurteilen.

Aus den Gründen:

„Darin ist dem Berufungsrichter beizutreten, daß die Klägerin sich auf ein selbständiges Recht zur Wegnahme der Lokomobile auf Grund BGB. § 951 Abs. 2 nicht stützen kann, wenn diese Maschine durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung freies Eigentum des Beklagten geworden sein sollte, weil es dadurch untergegangen sein würde. Bei gleicher Voraussetzung läßt sich auch kein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten aus BGB. § 951 Abs. 1 begründen, weil der Beklagte dann die Bereicherung nicht durch die Verbindung der Maschine mit dem Grundstücke, sondern durch den Zuschlag, also nicht ohne rechtlichen Grund erhalten hätte. Von einem verpflichtenden Anerkenntnis eines Wegnahmerechts durch den Beklagten kann überhaupt keine Rede sein. Die Entscheidung hängt somit zunächst davon ab, ob das Eigentum an der streitigen Lokomobile durch den Zuschlag des Grundstücks bedingungslos oder ob es, wie der Berufungsrichter angenommen hat, belastet mit der Verpflichtung zur Duldung ihrer Wegnahme auf den Beklagten übergegangen ist.

Während der Vollstreckungsrichter die Lokomobile als Zubehör des Ziegeleigrundstücks angesehen hatte, nehmen beide Vorderrichter mit dem Beklagten an, daß sie durch die Art und den Zweck ihrer Verbindung mit dem Grundstück rechtlich zu einem wesentlichen Bestandteil desselben geworden sei. Diese Auffassung erscheint nach der ihr gegebenen Begründung als richtig; übrigens kommt es darauf für die Entscheidung der vorliegenden Frage nicht wesentlich an, da nach ZVG. § 55 Abs. 2 und § 90 Abs. 2 auch das Zubehör von der Versteigerung und dem Zuschlage des Grundstücks ergriffen wird.

Der Berufungsrichter erkennt mit dem ersten Richter an, daß dem Beklagten die Lokomobile in der Tat mit dem Grundstück zugeschlagen worden und er demnach, da der Zuschlagsbeschluß die Rechtskraft beschritten hat, deren Eigentümer geworden ist. Hiergegen lassen sich auch keine Bedenken erheben. Allein nun stellt er weiter fest, daß der Vollstreckungsrichter im Versteigerungstermine bekanntgegeben habe, die Maschine solle nicht mit versteigert werden, daß dies auch die Beteiligten, darunter der Beklagte, gehört hätten, die demnach ihre Gebote nach solchem Ausgebote hätten einrichten müssen, und daß der Richter dann den Zuschlag in dem Sinne erteilt habe, daß die Maschine nicht mit zugeschlagen sein sollte. Er erwägt dann: Wenn auch die Annahme des Richters, daß die Maschine überhaupt nicht mit ausgeboten worden sei, auf einem Irrtum beruht habe, so sei doch aus diesen Vorgängen sein Wille deutlich zu erkennen, daß der Ersteher die Maschine nicht behalten solle, sondern sie — nicht gerade zugunsten der Klägerin, aber doch — zugunsten aller

daran beteiligten Personen wieder wegnehmen lassen müsse. Freilich habe die Gültigkeit einer solchen Versteigerungsmaßnahme zur weiteren Voraussetzung, daß sie in dem Zuschlagsbeschlusse zum Ausdruck gekommen sei, dies sei aber auch geschehen. Der Zuschlagsbeschluß selbst, der das zugeschlagene Grundstück nicht weiter als unter Bezugnahme auf das Grundbuch bezeichne, lasse allerdings Zweifeln Raum darüber, was vom Richter unter dem zugeschlagenen Grundstück verstanden worden sei, der Beschluß bedürfe also nach dieser Richtung der Auslegung, aber dafür ständen alle Erkenntnisquellen zu Gebot, auch die Versteigerungsverhandlungen, und diese schlössen jeden Zweifel daran aus, daß dem Ersteher die Verpflichtung zur Duldung der Wegnahme auferlegt worden sei und daß auch der Beklagte selbst den Zuschlag nur in diesem Sinne verstanden habe. — Dies zur Geltung zu bringen, hält der Berufungsrichter auch die Klägerin für berechtigt, weil die Maßnahme auch in ihrem Interesse getroffen sei; daher verurteilt er den Beklagten dem Eventualantrage der Klägerin gemäß, die Wegnahme der Maschine nebst Zubehör durch einen gerichtlich zu ernennenden Verwahrer zugunsten der Klägerin, des früheren Eigentümers H. und der in der letzten Zwangsversteigerung unbefriedigt gebliebenen Hypothekengläubiger zu dulden.

Nun mag zugegeben sein, daß im Versteigerungsverfahren von allen Beteiligten angenommen worden ist, die Lokomobile werde nicht mit versteigert und daß der Beklagte einen unbeabsichtigten Vorteil erlangt, wenn er die Lokomobile, die er nicht mit bezahlt hat, behält. Der hieraus erklärliche Versuch des Berufungsrichters, dieses unerwünschte Ergebnis zu verhindern, erweist sich jedoch nicht als rechtlich ausführbar. Es kann in dieser Beziehung dahingestellt bleiben, ob nicht schon der Umstand der Begründung des Berufungsurteils entgegensteht, daß das Grundstück bereits in der ersten Zwangsversteigerung einen neuen Eigentümer erhalten hatte und nicht festgestellt worden ist, welchen Einfluß dies auf die Rechtsverhältnisse der streitigen Maschine gehabt hat. Andererseits kann der Einwurf der Revision nicht für begründet erachtet werden, daß ein Zuschlag mit der vom Berufungsrichter angenommenen Auflage unvereinbar sei mit der jetzigen Natur des Zuschlags als einer staatlichen Verleihung des Eigentums; denn wenn der Zuschlag vorliegendenfalls mit der in Frage stehenden Auflage erteilt worden wäre, dann stände diese jedenfalls rechtskräftig fest, da gegen den Zuschlagsbeschluß keine Beschwerde eingelegt worden ist. Aber scheitern muß die Entscheidung des Berufungsgerichts an der ausdrücklichen Vorschrift in ZVG. § 82, die vom Vollstreckungsrichter nicht beobachtet worden ist: daß in dem Zuschlagsbeschluß u. a. das Grundstück und die Versteigerungsbedingungen bezeichnet werden müssen.

Der Zuschlagsbeschluß vom 1. Febr. 06 lautet dahin, daß dem Beklagten das Grundstück B. Bl. 55 auf Grund der Ergebnisse des Versteigerungstermins zugeschlagen werde 1. um den Betrag von 65010 ℳ, 2. unter Fortdauer der bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Rechte, sowie 3. unter den sonstigen gesetzlichen Versteigerungsbedingungen. Die hier gesperrten Worte sind in der Urschrift des auf einem Formular angefertigten Zuschlagsbeschlusses vorgedruckt; unter 3. sind die noch ferner vorgedruckten Worte ‚jedoch mit folgenden Änderungen dieser Bedingungen' ausgestrichen. Wenn nun auch davon ausgegangen wird, daß dem Revisionsrichter hinsichtlich der Auslegung eines Zuschlagsbeschlusses nicht die gleiche freie Nachprüfung zusteht, wie bei gerichtlichen Erkenntnissen in streitigen Rechtssachen (RGZ. 45, 331 ff.), so kann es doch schon zweifelhaft sein, ob der Berufungsrichter bei seinen Ausführungen noch auf dem Gebiet der Auslegung geblieben ist, oder nicht vielmehr, ähnlich wie in dem Fall RGZ. 60, 48 ff., zu einer unzulässigen Ergänzung des vermeintlich lückenhaften Zuschlagsbeschlusses aus den vorangegangenen Verhandlungen übergegangen ist. Aber auch wenn die Ausführungen des Berufungsrichters noch als Auslegung aufgefaßt werden, sind sie als solche unzulässig, weil sie gegen den klaren Inhalt des Zuschlags-

beschlusses verstoßen und obendrein dem Versteigerungsrichter eine Absicht unterlegen, die mit der ausdrücklichen Vorschrift in ZVG. § 82 in Widerspruch stehen würde. Davon, daß die Lokomobile nicht mit zugeschlagen oder nur mit der Auflage einer Duldung ihrer späteren Wegnahme zugeschlagen sein sollte, enthält der Zuschlagsbeschluß ersichtlich gar nichts. Das Grundstück ist vielmehr nur unter den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen zugeschlagen und diese umfassen den Zuschlag der Lokomobile mit, sei es als Bestandteil, sei es als Zubehör des Grundstücks. Der im Vordruck des Formulars vorgesehene Hinweis auf abweichende Bedingungen ist sogar ausgestrichen. Und sollte etwa nach Ansicht des Berufungsgerichts in den gleichfalls vorgedruckten Worten des Formulars, daß der Zuschlag erfolge auf Grund der Ergebnisse des Versteigerungstermins, eine Inbezugnahme des im Versteigerungstermin erklärten Ausschlusses der Lokomobile gefunden werden können — während diese Worte nichts weiter enthalten als einen Hinweis auf das Versteigerungsergebnis —, so müßte eine solche Möglichkeit jedenfalls an der Erwägung scheitern, daß dann bei allen nach diesem Formular erteilten Zuschlagsbeschlüssen ein Zurückgehen auf die Verhandlungen im Versteigerungstermin zugelassen werden müßte, womit dem Zuschlagsbeschluß selbst so gut wie jede Bedeutung genommen wäre. Nun ist aber die Vorschrift des § 82, daß der Zuschlagsbeschluß die Versteigerungsbedingungen angeben muß, eine notwendige Folge der Bedeutung des Zuschlages nach heutigem Recht als einer staatlichen Verleihung des Eigentums, die für sich allein maßgebend ist für den Umfang und für die sämtlichen Beziehungen dieser Verleihung. Aus dem Zuschlagsbeschluß selbst müssen darum für alle Beteiligten auch die Bedingungen erkennbar sein, unter denen die Eigentumsverleihung erfolgt. Wäre es zulässig, etwaige angebliche Lücken des Beschlusses durch ein Zurückgehen auf vorangegangene Verhandlungen zu ergänzen oder im Wege der Auslegung auszufüllen, so wäre völlig ins ungewisse gestellt, ob überhaupt und in welchem Umfange durch den Zuschlag Eigentum begründet worden sei. Gleichzeitig würden, wie in RGZ. 60, 48 ff. zutreffend dargelegt worden ist, diejenigen Versteigerungsinteressenten, die im Vertrauen auf den Inhalt des Zuschlagsbeschlusses dessen rechtzeitige Anfechtung unterlassen haben, in unzulässiger Weise in ihren Rechten verkürzt, falls hinterher dem Beschluß ein ihnen nachteiliger Inhalt untergelegt werden dürfte.

Aus diesen Gründen konnte die angefochtene Entscheidung nicht aufrechterhalten werden und war die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung ihrer Klage zurückzuweisen."

660. Wertsersatz für eine durch den Zuschlag erloschene Grunddienstbarkeit (ZVG. § 92 Abs. 1). Urt. vom 3. Juni 08, V 519/08.

„Die Annahme der Vorinstanzgerichte, daß an die Stelle der der Hypothek der Klägerin dem Range nach vorgehenden, durch den Zuschlag gemäß ZVG. §§ 52, 91 erloschenen Grunddienstbarkeit der Beklagten ein Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse getreten ist, entspricht dem § 92 Abs. 1 a. a. O. und ist von der Revision nicht beanstandet. Ohne Rechtsverletzung konnte das Berufungsgericht den Betrag dieses Wertsersatzanspruches aber auch in dem von den vernommenen Sachverständigen ermittelten Betrage finden und ohne Grund bezeichnet die Revision den bei dieser Wertsermittlung eingeschlagenen Weg als verfehlt. Aus dem § 92 ergibt sich nur, daß der Ersatz in Gestalt eines Kapitals, nicht — wie bei den in seinem zweiten Absatze bezeichneten Rechten — durch Zahlung einer Rente zu leisten ist, sowie daß der Betrag des Ersatzes durch den Wert der Grunddienstbarkeit bestimmt wird, und daraus, daß es sich um den Ersatz des Rechtes handelt, in Verbindung mit dem Wesen der Grunddienstbarkeit, wie es in dem von der Revision angezogenen § 1019 BGB. zum Ausdruck kommt, läßt sich mit der Revision entnehmen, daß der Wert ins Auge zu fassen ist, den die Grund-

dienstbarkeit für das herrschende Grundstück hat (vgl. auch ZPO. § 7). Sonst findet sich in den Gesetzen und namentlich in solchen, auf deren Verletzung die Revision nach ZPO. § 549 allein gegründet werden kann, kein Anhalt für die Wertermittlung und ebensowenig eine Bestimmung des Begriffes „Wert". In den Motiven zum I. Entw. des BGB. (Bd. 3 auf S. 30 unter 3) ist eine solche mit der Begründung abgelehnt: ‚Der Begriff des Wertes ist an sich als ein wirtschaftlicher Begriff für das Privatrecht gegeben und im allgemeinen auch nicht zweifelhaft'. Der Wert eines Gegenstandes aber bestimmt sich wirtschaftlich nicht nur, wie es im PrAllgLR. § 111 I 2 heißt, durch den Nutzen, den er seinem Besitzer gewährt, sondern namentlich auch durch das Maß von Aufwendungen, das erforderlich ist, um sich den Gegenstand oder den Nutzen, den er bringt, zu verschaffen. Der Nutzen, den eine Grunddienstbarkeit gewährt, wird durch den Besitz des herrschenden Grundstücks vermittelt und kann nur aus dem dienenden Grundstück oder einem Grundstücke, das zum herrschenden in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis steht, kommen. Von einem gemeinen Verkehrswerte kann bei einer Grunddienstbarkeit dieser ihrer Natur wegen keine Rede sein und ein objektiver Wert läßt sich bei ihr nur so bestimmen, daß auf den Nutzen gesehen wird, den sie jedem Eigentümer des herrschenden Grundstücks gewährt: diesem Nutzen entspricht die Entwertung, die das herrschende Grundstück durch den Wegfall der Grunddienstbarkeit erleidet. Hiernach konnte das Berufungsgericht die Wertberechnung der drei vernommenen Sachverständigen sehr wohl seiner Entscheidung zugrunde legen. Der Nutzen, den das Grundstück der Beklagten von der erloschenen Grunddienstbarkeit hatte, bestand darin, daß ihm diese in den durch ihren angegebenen Inhalt bezeichneten Richtungen den fehlenden Hof ersetzte, daß sie insbesondere das Bestehen eines Hauseinganges von der Seite der Einfahrt her und hiermit zugleich eine vorteilhaftere Raumeinteilung im Hause ermöglichte. Der Wegfall der Grunddienstbarkeit macht nach der auf dem Gutachten fußenden bedenkenfreien Feststellung des Berufungsgerichts die Herstellung eines anderen Hauseinganges von der S.-Straße her, eine Verlegung des Ablaufkanals und eine Änderung der Raumeinteilung im Hause nötig und läßt auch dann noch eine Beeinträchtigung der Verwertbarkeit des Grundstücks übrig. Die durch den Umbau entstehenden Kosten und Mietzinsausfälle und der für die nach dem Umbau verbleibende Beeinträchtigung angesetzte Betrag bezeichnen dann ebenso das Maß der durch den Wegfall der Grunddienstbarkeit eingetretenen Entwertung des Grundstücks wie das Maß des mit der Grunddienstbarkeit verbundenen Nutzens, also deren Wert, und zwar ohne Rücksicht auf die Person des derzeitigen Grundstückseigentümers; denn auf die besonderen Interessen der Beklagten ist bei der Wertberechnung, soviel ersichtlich, keine Rücksicht genommen. Der Gegensatz, den die Revision zwischen einer Schadens- und einer Wertsermittlung machen will, ist wenigstens für einen Fall, wie er vorliegt, nicht anzuerkennen. Daß die Beklagte die Möglichkeit hat oder gehabt hat, ihrem Grundstücke die Grunddienstbarkeit durch Vereinbarung mit dem Ersteher des dienenden Grundstücks, und zwar mit einem geringeren als dem von den Sachverständigen herausgerechneten Aufwande zu erhalten oder wiederzuverschaffen, ist nicht zu unterstellen und nicht behauptet. Und daß die Beklagte sich einen ausreichenden Ersatz für die Grunddienstbarkeit billiger von einem anderen ihrer Nachbarn zu verschaffen imstande ist, daß eine an einem anderen Nachbargrundstücke begründete Dienstbarkeit die erloschene überhaupt ersetzen kann, erscheint nach Lage der Sache sogar ausgeschlossen. Die Klägerin hat einen anderen als den von den Sachverständigen eingeschlagenen Weg zur Wertsermittlung auch nicht angegeben. Das von ihr in der Berufungsinstanz beigebrachte Privatgutachten schlägt den gleichen Weg ein und kommt nur zu niedrigeren Sätzen. Aus den von der Revision noch herangezogenen §§ 818, 849, 882 BGB. läßt sich gegen die Richtigkeit der Wertsermittlung nichts entnehmen. Wäre bei der Belastung des versteigerten Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit gemäß § 882 ein Höchstbetrag des im Falle des Erlöschens durch

den Zuschlag an ihre Stelle tretenden Wertersatzanspruchs zwischen den Beteiligten vereinbart und eingetragen worden, so hätte dieser Wertersatzanspruch allerdings den eingetragenen Höchstbetrag nicht überschreiten können. Von einem solchen Höchstbetrage ist aber in dem in den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt (vgl. ZPO. § 561) keine Rede ..."

661. Wert des Streitgegenstandes, wenn einzelne Erben auf Leistung an alle klagen (ZPO. §§ 3 ff.; BGB. § 2039). Urt. vom 4. Juli 08, V 449/07.

„Da der vorliegende Rechtsstreit vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, ist die Zulässigkeit der Revision nach der ZPO. § 546 durch einen den Betrag von 2500 ℳ übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt. Und diese Voraussetzung trifft nicht zu. Maßgebend für die Bestimmung des Wertes des Beschwerdegegenstandes ist in erster Reihe zwar das Interesse der Revisionskläger, hier also das Interesse der Beklagten an der von ihnen begehrten Zurückweisung der Berufung gegen das die Klagabweisung aussprechende landesgerichtliche Urteil. Indes der Beschwerdegegenstand kann niemals größer sein, als der Wert des Streitgegenstandes (s. RGZ. 47 Nr. 109; ferner GruchotsBeitr. 46, 1045, sowie die Urt. des Senats vom 21. März 08, V 386/07 und vom 9. Mai 08, V 145/08), und dieser bestimmt sich nach dem Klagbegehren und, wo dieses nicht auf Leistung einer bestimmten Geldsumme oder eines sonstigen Gegenstandes von bestimmtem oder nach der ZPO. §§ 6 bis 9 zu bestimmenden Werte an den Kläger gerichtet ist, nach dem Interesse des klagenden Teils (s. RGZ. 45 S. 403, 404 Nr. 108; 48 Nr. 86). Im vorliegenden Falle kommt in Betracht, daß die Kläger als zwei von fünf Erben und Erbeserben ihres Vaters auf Grund des BGB. § 2039 nur Leistung an alle Erben und Erbeserben beanspruchen. Es handelt sich hierbei nicht um ein Vorgehen in Vertretung der Erbengemeinschaft, sondern um die Wahrnehmung eines Individualrechts, das den einzelnen Miterben trotz der sich auf Grund des Wesens der Gemeinschaft zur gesamten Hand dagegen erhebenden Bedenken aus Zweckmäßigkeitsgründen im Anschlusse an eine im Geltungsgebiet des PrAllgLR. entwickelte Rechtsprechung vom Gesetze beigelegt ist (s. Protokolle bei Mugdan 5, 502; Planck, Anm. 1 zum § 2039). Insofern besteht zwischen den mehreren Miterben auch keine notwendige Streitgenossenschaft und ist ebensowenig zuzugeben, daß die Entscheidung im gegenwärtigen Prozeß eine materielle Rechtskraftwirkung für oder gegen die anderen an der Prozeßführung nicht beteiligten Erben hat (vgl. Gaupp-Stein, 8. u. 9. Aufl., Anm. II u. III unter b, c zu § 62 ZPO). Hiernach ist der Streitgegenstand des gegenwärtigen Prozesses nicht nach den Hypotheken, in deren Löschung gegenüber allen Erben und Erbeserben des Vaters der Kläger, noch nach dem Zinsenbetrage, in dessen Auszahlung an dieselben Erben und Erbeserben die Beklagten willigen sollen, zu bewerten, sondern nach dem Interesse, das die Kläger an diesen Leistungen haben, und dieses bestimmt sich nach dem ihren Erbteilen entsprechenden Teile derselben (s. RGZ. 38 Nr. 114; vgl. Reichsgericht in GruchotsBeitr. 43 S. 1215, 1217; 44 S. 1144, 1146; 48 S. 1083, 1084). Von den Klägern sind P. M. zu $^{3}/_{20}$ und K. M. zu $^{3}/_{20} + ^{1}/_{16}$ am Nachlasse ihres Vaters beteiligt. Danach stellt sich ihr den Wert des Streitgegenstandes bestimmendes und den Wert des Beschwerdegegenstandes begrenzendes Interesse auf $\frac{29 + 2599{,}55 \text{ ℳ}}{80} = 954{,}84$ ℳ. Hierbei ist neben dem Gesamtbetrage der Hypotheken mit 708 Talern = 2124 ℳ auch der Betrag der hinterlegten Zinsen mit 475,55 ℳ zum Ansatz gebracht, da diese Zinsen, wie der Revision zuzugeben ist, nicht als Nebenforderung geltend gemacht sind. Dagegen war nicht noch ein weiterer Betrag mit Rücksicht darauf in Ansatz zu bringen, daß das Klagbegehren auch auf Beibringung eines Erbscheins nach der T. N. gerichtet ist. Dieser Antrag hat keinen besonderen Vermögenswert; er soll der

mit den ersten zwei Anträgen verlangten Einwilligung in die Löschung der Hypotheken und in die Auszahlung des Zinsenbetrages nur die volle Wirksamkeit geben und erhöht, da diese Wirksamkeit bei dem Ansatz dieser Leistungen unterstellt ist, weder deren Wert noch insbesondere den Wert des Interesses der Kläger daran. — Darauf, ob die von den Klägern begehrte und vom Berufungsgericht bedingt ausgesprochene Verurteilung der Beklagten diese im Erfolge in gleicher Weise beschwert, wie eine gleiche Verurteilung auf Antrag sämtlicher Erben und Erbeserben, kommt nichts an. Es kann das deshalb unentschieden bleiben. Denn der Wert des Beschwerdegegenstandes wird durch das Interesse der Beklagten und Revisionskläger eben nur insoweit bestimmt, als es das für den Wert des Streitgegenstands maßgebende Interesse der Kläger nicht überschreitet . . .“

662. Zulässigkeit einer Widerklage trotz fehlenden Zusammenhangs (ZPO. §§ 33, 38, 39, 295 Abs. 1). Urt. vom 9. Juli 08, VI 372/07.

„. . . Wie der erkennende Senat schon in einem Urt. vom 27. Sept. 00 (RGZ. 46, 424 ff. Nr. 127) dargelegt hat, erscheint die Zulassung einer obschon nicht konnexen Widerklage jedenfalls dann als unbedenklich, wenn die Voraussetzungen des vereinbarten Gerichtsstandes nach ZPO. §§ 38, 39 gegeben sind (vgl. auch JW. 02, 89 Nr. 1; GruchotsBeitr. 48, 386 ff.). Das trifft hier zu. Der Kläger hat nach dem Tatbestande des landgerichtlichen Urteils in erster Instanz auf die Widerklage zur Hauptsache mündlich verhandelt, ohne eine Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit der Widerklage geltend zu machen, indem er vielmehr nur seine Verpflichtung zur Rechnungsstellung und deren tatsächliche Ausführbarkeit in Abrede zog. Damit wäre nicht bloß die Zuständigkeit des Gerichts, wofern sie nicht schon ohnedem gegeben war, nach der ZPO. §§ 38, 39 begründet, sondern auch gemäß ZPO. § 295 Abs. 1 der etwaige die Zulässigkeit der Widerklage betreffende Mangel beseitigt gewesen (vgl. das Urt. des RG., 3. ZS., vom 15. Dez. 03 in GruchotsBeitr. 48 a. a. O.) . . .“

663. Erfordernisse der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes (ZPO. § 38). Urt. vom 23. Mai 08, I 601/07.

„Die Revision mußte Erfolg haben. Das Oberlandesgericht geht zunächst von zutreffenden Rechtsgrundsätzen aus, wenn es annimmt, daß die Vereinbarung eines Gerichtsstandes als eines ausschließlichen zwar zulässig sei, daß sie aber als Ausnahme erscheine und für sie keinerlei Vermutung streite. Als rechtsirrtümlich erscheint es aber, wenn das Oberlandesgericht gleichwohl aus dem Kontext des Wechsels, nämlich dem Domizilvermerk

‚zahlbar in F. . . . sowie aller Orten‘,

und der weiteren Klausel:

‚mit der ausdrücklichen Vereinbarung, daß das Kgl. Amtsgericht F. für alle Rechtsstreitigkeiten aus diesem Wechsel sachlich und örtlich zuständig ist‘,

die Folgerung zieht, daß hiermit ein ausschließlicher Gerichtsstand beim Amtsgericht F. vereinbart sei. Eine ungezwungene Auslegung (vgl. BGB. §§ 133, 157) ergibt nicht mehr, als was der Wechsel als Gegenstand einer ‚ausdrücklichen Vereinbarung‘ hervorhebt, nämlich die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts F. Daß daneben noch eine stillschweigende Vereinbarung des Inhalts getroffen worden sei, daß das Amtsgericht als ausschließlicher Gerichtsstand zu gelten habe, dafür können aus dem Inhalte des Wechsels keine Anhaltspunkte gewonnen werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Beteiligten, wenn sie sich auch darüber geeinigt hätten, dies ebenso in dem Kontext des Wechsels erwähnt haben würden, wie sie dies hinsichtlich der Bestimmung des Amtsgerichts als sachlich und örtlich zuständigen Gerichts getan haben . . .“

664. Wirkung der Rechtskraft des Urteils gegenüber dem Nebenintervenienten (ZPO. § 68). Urt. vom 16. Juni 08, III 617/07.

„... Der Beklagte war im Vorprozesse der Klägerin, nachdem sie ihm den Streit verkündet hatte, als Nebenintervenient beigetreten. Nach ZPO. § 68 wird er daher ihr gegenüber mit der Behauptung nicht gehört, daß der frühere Rechtsstreit unrichtig entschieden sei und es erstreckt sich diese Rechtskraftwirkung nicht nur, wie das Berufungsgericht annimmt, auf die in der Formel des früheren Urteils ausgesprochene Rechtsfolge, sondern auch auf die Begründung des Urteils in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, soweit sie die notwendige Voraussetzung des früheren Urteils bildet (RGZ. 45, 355; 55, 239; JW. 06, 339 Nr. 18). Hiermit scheiden alle Angriffe der Revision gegen die vom Berufungsgerichte in Übereinstimmung mit dem früheren Urteile getroffene Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen dem eingetretenen Schaden und den näher bezeichneten Handlungen und Unterlassungen des Beklagten von vornherein von der Erörterung aus. Dieser Zusammenhang steht auf Grund des Urt. des OLG. Cöln vom 8. Juli 04 rechtskräftig fest.

Soweit dagegen hier die Frage zu entscheiden ist, ob dem Beklagten an dem eingetretenen Schaden ein Verschulden beizumessen ist, sind die hierüber in dem früheren Urteile enthaltenen Feststellungen nicht maßgebend, weil ein Verschulden des Unternehmers hinsichtlich der widerrechtlichen Schadenszufügung nicht festgestellt zu werden brauchte, um die Haftung der Stadt aus BGB. § 831 zu begründen, demnach die Feststellungen in dieser Beziehung keine notwendige Grundlage des früheren Urteils bilden und von der Rechtskraft des § 68 nicht erfaßt werden ..."

665. Unzulässigkeit der Berufung, wenn sie schriftlich unbeschränkt erhoben, aber wegen der Hauptsache vor der Verhandlung zurückgezogen und ein Antrag nur wegen der Kosten gestellt ist (ZPO. § 99 Abs. 1). Urt. vom 9. Juli 08, IV 626/07.

„... Nach § 99 Abs. 1 ist die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. In dem vorliegenden Falle hat nun die Beklagte das erstinstanzliche Urteil, das die Ehe aus Verschulden des Klägers schied und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegte, zunächst unbeschränkt durch Berufung angefochten. In der Berufungsschrift vom 22. Dezember 1906 ist gesagt, daß gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde und die Berufungsanträge vorbehalten würden. Erst durch Schriftsatz vom 27. Mai 1907, welcher dem Gegner zugestellt ist, hat die Beklagte erklärt, daß die Berufung zur Hauptsache zurückgezogen werde und hat sie den Berufungsantrag dahin angekündigt, daß beantragt werde, unter Abänderung der Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger aufzuerlegen. Dieser Antrag nebst Rückziehungserklärung ist dann in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 21. Oktober 1907 verlesen. Es entsteht deshalb die Frage, ob nicht die Berufung um deswillen als zulässig anzusehen ist, weil sie ursprünglich auch gegen die Entscheidung in der Hauptsache sich richtete. Das Berufungsgericht verneint dies von der Auffassung aus, daß erst durch die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge der Umfang der Berufung bestimmt werde. Diese Auffassung erscheint insofern nicht unbedenklich, als das Urteil, was namentlich für die Prozeßkosten von Bedeutung ist, beim Fehlen bestimmter Anträge in der Berufungsschrift als in vollem Umfange angefochten zu gelten hat (RGZ. 25, 380; JW. 99, 97 Nr. 34). Gleichwohl kann mit dem Berufungsgericht das Vorhandensein der Voraussetzungen der ZPO. § 99 Abs. 1 nicht als vorliegend anerkannt werden. Die Bestimmung des § 99 Abs. 1 soll verhüten, daß der Kostenpunkt abweichend von der nicht mehr zu beseitigenden Vorentscheidung in der Hauptsache beurteilt wird. Dem Berufungsrichter soll nicht bloß der Kostenpunkt, sondern

auch der Hauptanspruch (ganz oder teilweise) zur Entscheidung unterbreitet werden. Als Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung in der Hauptsache i. S. der ZPO. § 99 Abs. 1 ist deshalb die bloß formale Einlegung eines Rechtsmittels nicht anzusehen. Der Vorschrift des § 99 Abs. 1 ist nicht genügt, wenn das Rechtsmittel zunächst unbeschränkt eingelegt wird, demnächst aber auf das Rechtsmittel gegen die Entscheidung zur Hauptsache verzichtet wird (RGZ. 6, 436; 18, 421; 20, 432; OLG. 7, 284 Nr. 2; vgl. auch Struckmann-Koch, Anm. 3 zu § 99 ZPO.). In dieser Weise ist aber die Beklagte vorgegangen, indem sie nach Einlegung der Berufung die Berufung zur Hauptsache — die nur zur Ermöglichung der Anfechtung der Kostenentscheidung eingelegt war — wieder zurückgenommen hat. Damit hat sie sich des Rechts begeben, eine Abänderung des allein noch in Streit gebliebenen Kostenpunktes zu verlangen. Der Fall, daß die wirksam eingelegte Berufung zur Hauptsache durch hinterher eingetretene Umstände sich sachlich erledigt hat, liegt hier nicht vor . . ."

666. Welches Rechtsmittel ist gegen ein Urteil zulässig, das im Widerspruchsverfahren eine einstweilige Verfügung aufrecht erhält, obwohl sie nach ihrem Inhalte gegenstandslos geworden ist? (ZPO. § 99 Abs. 3). Urt. vom 5. Juni 08, III 4/08.

„Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht gegen den Beklagten eine einstweilige Verfügung erlassen, worin ihm bei Strafe aufgegeben wird, in den von der Klägerin in der Zeit vom 22. April bis zum 4. Mai 1907 in W. veranstalteten Aufführungen von ‚Hidalla' und ‚Die Kralle' zwei bestimmte Rollen darzustellen. Im Widerspruchsverfahren, in welchem der Beklagte die Aufhebung der einstweiligen Verfügung, die Klägerin in erster Linie deren Aufrechterhaltung verlangte, hat das Landgericht durch ein Urt. vom 11. Juni 1907 die einstweilige Verfügung, abgesehen von der Strafandrohung, aufrecht erhalten und dem Beklagten die Kosten des Verfahrens auferlegt. Auf Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die einstweilige Verfügung aufgehoben und der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Die Revision rügt gegenüber diesem Urteile Verletzung der ZPO. § 99. Die Berufung habe nicht zugelassen werden dürfen, da mit dem Ablauf des 4. Mai 1907 das Gebot der einstweiligen Verfügung nach derem Inhalte gegenstandslos geworden sei, das Urt. vom 11. Juni 07 also nur die Kosten habe betreffen können.

Die Revision ist unbegründet. Das Urt. des LG. vom 11. Juni 07 ist nicht nur über die Kosten des Verfahrens ergangen, sondern auch über den Streit der Parteien, ob die einstweilige Verfügung aufzuheben oder aufrecht zu erhalten sei. Dieser Streit bildete für das Widerspruchsverfahren die Hauptsache i. S. der ZPO. § 99 Abs. 3. Das Urteil hat die Verfügung aufrecht erhalten und damit eine Entscheidung zur Hauptsache gegeben. Der Fall der ZPO. § 99 Abs. 3 liegt nicht vor. Ob die Entscheidung so ergehen durfte, ist eine Frage, die erst nach der Zulassung der Berufung geprüft werden kann, von der die Zulässigkeit des Rechtsmittels aber nicht abhängig zu machen ist (RGZ. 27, 367) . . ."

667. Auferlegung der Kosten auf den Rechtsanwalt wegen groben Verschuldens (ZPO. § 102). Beschl. vom 10. Juli 08, II B 56/08.

„Der Beschwerdeführer beantragte für den Beklagten bei dem Oberlandesgerichte zu D. (als Berufungsgericht) auf Grund der ZPO. §§ 719, 707 Aufhebung und Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem gegen den Beklagten ergangenen landgerichtlichen Urteil ohne Sicherheitsleistung. Das Oberlandesgericht ordnete durch Beschl. vom 26. Mai 08 die Einstellung der Zwangsvollstreckung unter der Bedingung an, daß der Beklagte einen näher bezeichneten Betrag hinterlege; im übrigen wies es den Antrag zurück. Hier-

gegen erhob Rechtsanwalt Dr. W. namens des Beklagten Beschwerde, die er als ‚sofortige' bezeichnete und wiederholte zugleich auch seinen früheren Antrag. Das Oberlandesgericht verwarf diese Beschwerde als unzulässig — ZPO. § 707 Abs. 2 — und legte nach Anhörung des Dr. W. diesem die Kosten der Beschwerde des Beklagten gegen den Beschl. vom 26. Mai 08 auf, indem es gegenüber der ausdrücklichen Vorschrift der ZPO. § 707 Abs. 2 Satz 2 in der Einlegung der Beschwerde ein grobes Verschulden des Rechtsanwalts Dr. W. erblickte. Die von diesem hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde, die zulässig ist (Plenar-Entsch. des RG. vom 27. Nov. 06 — RGZ. 64, 377), ist nicht begründet; was der Beschwerdeführer dem angefochtenen Beschlusse gegenüber angeführt hat, kann zu seiner Entschuldigung und zu der Verneinung des Vorliegens eines groben Verschuldens nicht führen. — Der Beschl. des Oberlandesgerichts vom 26. Mai 08 bedurfte irgend weiterer Begründung nicht; die Entscheidung hing lediglich von dem Ermessen des Oberlandesgerichts ab (Entsch. d. RG. in JW. 00, 50 Nr. 13). Wenn es dem Beschwerdeführer darum zu tun war, auf irgend einem Wege — wie er angibt — die Aufhebung des (seines Erachtens) den Beklagten beschwerenden Beschlusses zu erreichen, so ist zu bemerken, daß aus solchen Gründen von den Rechtsanwälten nicht Rechtsmittel eingelegt werden dürfen, deren formelle Unzulässigkeit außer Frage steht und ihnen nicht entgehen kann. Wollte aber der Beschwerdeführer das Oberlandesgericht zu einer nochmaligen Prüfung der Sache veranlassen, so bedurfte es dazu nicht der Erhebung der (‚sofortigen') Beschwerde, mithin des Anrufens der höheren Instanz . . ."

668. Fragepflicht wegen Beweismitteln (ZPO. § 139). Urt. vom 1. Juli 08, V 430/07.

„. . . Nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts ist eine Ausübung des Fragerechts bezüglich etwaiger Beweismittel nur dann geboten, wenn die mündliche Verhandlung Anhaltspunkte dafür ergeben hat, daß eine Partei solche Beweismittel geltend machen kann und will; denn es ist in der Regel Sache der Partei, die notwendigen Beweise aus freien Stücken zu erbieten (JW. 01, 483 Nr. 3). Vorliegend war aber, da der Kläger die fragliche Behauptung in zweiter Instanz ergänzt und Zeugenbeweis angetreten hatte, kein Anhalt dafür geboten, daß der Kläger die Eideszuschiebung, die in erster Instanz das einzige Beweismittel für die Behauptung mit ihrem früheren Inhalte war, auch noch neben dem Zeugenbeweise für die ergänzte Behauptung wiederholen wollte . . ."

669. Aussetzung eines Rechtsstreits bis zur Erledigung eines anderen (ZPO. § 148). Beschl. vom 22. Juni 08, VI B 154/08.

„In dem gegenwärtigen Prozesse (2. O. Nr. 346/06) fordert der Kläger Schadensersatz wegen der seiner Meinung nach ungerechtfertigten Einbehaltung der von ihm in Form eines Sichtwechsels über 25000 ℳ geleisteten Baukaution von seiten des Beklagten. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz beantragt, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des die Ansprüche aus dem Bauvertrage betreffenden ‚Hauptprozesses' (2. O. Nr. 25/01) auszusetzen. Das Kgl. Oberlandesgericht hat zunächst in dem mit dem Teilurteile vom 19. Nov. 07 ergangenen Beschlusse jenen Antrag abgelehnt, dann aber auf einen neuerlichen Antrag des Beklagten am 22. Mai 1908 beschlossen, bis zur Erledigung des in dem Teilurteile vom 19. Nov. 07 bezeichneten Hauptprozesses der Parteien das Verfahren gemäß ZPO. § 148 auszusetzen. Gegen diesen Beschluß hat der Kläger in gesetzlich zulässiger Weise (ZPO. § 252) Beschwerde eingelegt mit der Begründung, daß die Voraussetzungen der ZPO. § 148 nicht zuträfen. Der Beschwerde war nicht Folge zu geben.

In dem als Hauptprozeß bezeichneten Rechtsstreite hat, wie aus dem vorliegenden Urt. des 3. ZS. des Kgl. OLG. Posen vom 24. Jan. 08 — gegen

welches inzwischen vom Kläger Revision, vom Beklagten Anschlußrevision eingelegt wurde — zu entnehmen ist, der Kläger auf Grund der Verträge vom 15./28. Oktober 1898 und 16. März 1900 den Kreis Kr. auf Bezahlung der Vergütung für den vom Kläger übernommenen und teilweise ausgeführten Bau der Kleinbahn Kr.—P. belangt und handelt es sich um die Berechtigung des vom Beklagten im Jahre 1900 erklärten Rücktritts vom Vertrage, um den Umfang der dem Kläger gebührenden Vergütung, andererseits um die Schadensersatzpflicht des Klägers wegen unvollständiger oder schuldhaft verzögerter Ausführung der Bauarbeiten. Durch das erwähnte Berufungsurteil ist der Klaganspruch dem Grunde nach dahin für gerechtfertigt erklärt, daß der Kläger hinsichtlich der Schmalspurstrecke von Kr. bis zum Staatsbahnhofe P. für das von ihm wirklich Geleistete die verhältnismäßige vertragliche Vergütung, für die Normalspurstrecke vom Staatsbahnhofe P. bis zur Stadt P. die volle vertragliche Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen zu fordern hat, und zwar unter Abzug der geleisteten Zahlungen, daß Beklagter aber berechtigt ist, sein volles Interesse an der nicht rechtzeitigen und unvollständigen Herstellung der Schmalspurstrecke gegen die Forderungen des Klägers geltend zu machen. — Es liegt auf der Hand, daß mit dem Streitstoffe dieses Hauptprozesses der den Kautionswechsel betreffende Streit in engem Zusammenhange steht. Es kann für die Fragen, ob der Beklagte den Kautionswechsel — wenigstens solange dieser noch nicht verjährt war — einbehalten durfte und ob, bzw. von welchem Zeitpunkte ab der Beklagte durch Nichtrückgabe der Kaution sich in einen seine Schadensersatzpflicht begründenden Verzug gesetzt hat, wesentlich auf die dem einen oder dem anderen Teile erwachsenen Forderungen und Gegenforderungen und deren, bisher durchaus streitigen Betrag ankommen. Wenn zwar mangels einer von dem Beklagten erhobenen Widerklage der in dem sog. Hauptprozesse ergehenden Entscheidung nicht eine Rechtskraftwirkung bezüglich der vom Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen zukommen würde (vgl. ZPO. § 322 Abs. 1 u. 2), die das Recht des Beklagten zur Einbehaltuug der Kaution außer Streit stellen müßte und wenngleich in den Gründen des Berufungsurteils vom 24. Jan. 08 vorläufig nach dem bisherigen Parteivorbringen auch bei Zugrundelegung der vom Beklagten angegebenen Summen noch ein Guthaben für den Kläger als glaubhaft gemacht angenommen wird, so kommt doch immer das den Gegenstand dieses Prozesses bildende Rechtsverhältnis nach der oben angedeuteten Richtung als Vorfrage für die Entscheidung in dem auszusetzenden Rechtsstreite in Betracht. Ein Abhängigkeitsverhältnis in diesem Sinne kann als ausreichend gelten, um die Voraussetzung der ZPO. § 148 zu erfüllen (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. § 148, 8./9. Aufl., II 1 und Nr. 15; Seuffert, ZPO. § 148 Bem. 1, 10. Aufl., S. 242; Petersen-Remelé, § 148 Nr. 4 S. 343). Die im übrigen vom Gesetze in das Ermessen des Gerichts gestellte Aussetzung wäre im vorliegenden Falle auch keineswegs als unsachgemäß zu beanstanden . . ."

670. Gibt es eine „bedingte" Rechtshängigkeit? Unzulässigkeit auch eventueller Sachentscheidung, wenn die Klage als prozessual unzulässig zurückgewiesen werden soll (ZPO. §§ 253 Abs. 2 Ziff. 2, 300). Urt. vom 27. Mai 08, I 596/06.

„. . . Der verlesene ‚Eventualantrag' auf Verurteilung dieser Beklagten war in dem Sinne gemeint, daß die Beklagten 2—4 auf die anteilmäßigen Zahlungen für den Fall verklagt sein sollten, wenn der auf das Ganze gegen die Beklagte 1 gerichtete Anspruch wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen würde. Wie oft entschieden, ist eine derartige Klage unstatthaft, da das Gesetz eine bedingte Rechtshängigkeit nicht kennt . . .

Es ist anerkannten Rechtens, daß ein Rechtsbehelf nicht gleichzeitig als prozessual unzulässig und materiell unbegründet verworfen werden darf (vgl. JW. 06, 394 Nr. 21 mit Nachw.). Dieser Grundsatz gilt nicht nur in dem Sinne, daß ein

Gericht nicht unentschieden lassen soll, ob es den Rechtsbehelf aus dem einen oder dem andern Grunde verwirft; eine solches Urteil hätte schlechterdings keinen bestimmbaren Inhalt. Vielmehr darf ein Gericht auch den positiv für unzulässig erachteten Rechtsbehelf nicht — eventuell — für unbegründet erklären. Es darf überhaupt in eine Prüfung der materiellen Rechtslage nur eintreten, sofern es die prozessualen Voraussetzungen der Sachentscheidung für erfüllt ansieht. Verneint es sie und erkennt gleichwohl in der Sache selbst, so gelten die sachlichen Ausführungen für nicht geschrieben. Natürlich macht es hierbei keinen Unterschied, ob die prozessualen Voraussetzungen mit Recht oder Unrecht verneint worden sind. Nur das fragt sich, wie in dem letzteren Falle das Rechtsmittelgericht sich zu verhalten hat, das nur von der abgewiesenen Partei angegangen ist.

Nach einer, namentlich von dem 2. ZS. des Reichsgerichts, vertretenen Auffassung muß in solchem Falle das Urteil ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage aufgehoben und die Sache zu anderweiter Entscheidung zurückverwiesen werden (vgl. RGZ. 41, 369; SeuffA. 53 Nr. 257; JW. 97, 165 Nr. 3; 08, 339 Nr. 25). Man könnte versucht sein dagegen einzuwenden, die Partei sei nicht beschwert, wenn ihr durch absolutio ab instantia die Chancen eines neuen Prozesses belassen wurden, während von Rechts wegen der Anspruch selbst abzuerkennen war. Auch mutet die Auffassung formalistisch an; es erscheint als unnütze Weitläufigkeit, daß der Vorderrichter gezwungen werden soll, die Sachentscheidung, die er schon einmal bekanntgegeben hat und die vom Rechtsmittelgericht gebilligt wird, zu wiederholen. Erwägungen dieser Art mögen es gewesen sein, die den 5. ZS. des Reichsgerichts in der Streitsache 33/05 (JW. 05, 727 f. Nr. 21) zur Zurückweisung der Revision bestimmt haben. Sofort aber drängt sich die Folgerung auf, daß dann das gleiche auch für den andern Fall anerkannt werden muß, wenn Eventualgründe vom Vorderrichter nicht beigefügt worden sind. Ausschlaggebend kann nur sein, daß ein Rechtsbehelf mit Unrecht als unzulässig abgewiesen wurde, während er als unbegründet hätte abgewiesen werden müssen. In dem Urt. vom 21. Jan. 05 (Rep. I 417/04), hat denn auch der jetzt erkennende Senat im Gegensatz zu dem Oberlandesgericht, das einen Anspruch in der Annahme unzulässiger Klagänderung a limine abgewiesen hatte, die Klagänderung verneint, die Revision aber zurückgewiesen, weil der Anspruch nicht zu Recht bestehe. Indes kann hieran bei nochmaliger Prüfung nicht festgehalten werden. Diejenige Entscheidung, die allein der Rechtslage entsprechen würde, die sachliche Abweisung des Anspruchs, wird dem Rechtsmittelgericht durch das Verbot der reformatio in pejus verwehrt (ZPO. §§ 536, 559). Die Zurückweisung des Rechtsmittels könnte nur bedeuten, was sie begrifflich stets bedeutet, daß — zwar nicht die Gründe, aber doch — die Entscheidung des Vorderrichters gebilligt würde. Es geht aber nicht an, daß ein Gericht einen Rechtsbehelf für unzulässig erklärt und in den Gründen auseinandersetzt, dies geschehe nur der Zweckmäßigkeit halber, in Wahrheit sei der Rechtsbehelf zulässig. Dazu kommt, daß die hinzugefügte Begründung die Gefahr nahelegt, daß die Entscheidung dennoch im Sinne einer sachlichen Abweisung verstanden wird. Hiernach darf der Rechtsmittelrichter, wenn er findet, daß ein Rechtsbehelf mit Unrecht als unzulässig behandelt ist, die materielle Rechtslage überhaupt nicht nachprüfen. Ob die Prüfung größere oder geringere Schwierigkeiten bereitet, ist dabei gleichgültig; auch bei Evidenz der Rechtslage kann nichts anderes Platz greifen. Ist dem aber so, dann stellt sich auch der Grund, daß die Partei durch die Unzulässigkeitserklärung des Vorderrichters nicht beschwert sei, als petitio principii heraus. Sie ist beschwert, einfach dadurch, daß ihr in Wirklichkeit zulässiger Rechtsbehelf für unzulässig erachtet ist. Die gegenteilige Meinung setzt voraus, was zu beweisen wäre, aber verneint werden muß, daß auf die materielle Rechtslage eingegangen werden darf.

Zu erwähnen bleibt noch, daß der erkennende Senat an dieser Stellungnahme durch das angeführte Urt. des 5. ZS. nicht gehindert wird. Die An-

rufung der vereinigten Zivilsenate ist nicht erforderlich, da jenes Urteil deutlich ersehen läßt, daß grundsätzlich von der Auffassung des 2. ZS. nicht abgewichen werden sollte. Auch hat der 5. Senat in einem andern Falle (JW. 02, 250 Nr. 6) ebenso wie der 2. Senat erkannt . . ."

671. Unzulässigkeit der Klage auf künftige Leistung bei einem vertragsmäßigen Rechte des Schuldners, zurückzubehalten und aufzurechnen (ZPO. § 259). Urt. vom 22. Juni 08, V 538/07.

„Die Revision ist begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten H. B. zur Zahlung der erst am 4. Oktober 1908 fälligen Kaufgeldrate von 2000 ℳ richtet und in dieser Beziehung Verletzung der ZPO. § 259 rügt. Nach § 6 des Vertrages soll das gestundete Restkaufgeld von 3000 ℳ der Käuferin als Kaution für die in betreff der L.schen Miete von der Verkäuferin übernommene Garantie und für deren sonstige Verpflichtungen aus dem Vertrage, insbesondere zur Gewährleistung wegen heimlicher Mängel dienen. Es ist hierdurch der Käuferin ein Recht an ihrer eigenen Schuld eingeräumt, ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht, welches es ungewiß macht, ob oder in welcher Höhe dem Kläger am 4. Oktober 1908 noch eine Forderung zustehen wird, die durch Zahlung getilgt werden müßte und dadurch die Klage auf künftige Leistung i. S. von ZPO. §§ 257, 259 ausschließt. Die Beschwerde, die der Beklagten aus ihrer Verurteilung zur künftigen Leistung erwächst, wird auch nicht dadurch gehoben, daß sie — die Beklagte — die etwa nach der Verurteilung entstandenen Gewährsansprüche nach § 767 im Wege der Klage geltend machen könnte, um so weniger als die Erhebung solcher Einwendungen die Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht ohne weiteres zur Folge hat (§ 768 a. a. O.). Der Berufungsrichter irrt daher, wenn er die Beklagte auf den in ZPO. § 767 vorgeschriebenen Weg verweist . . ."

672. Bloße Berichtigung der Anführungen in der Klage (ZPO. §§ 268, 263 Abs. 2 Ziff. 3). Urt. vom 23. Mai 08, V 381/07.

„. . . Dagegen ist die von der Revision erhobene Rüge der Verletzung der ZPO. § 263 Abs. 2 Nr. 3 begründet. Die Grundschuld war dem Beklagten zur Sicherung des Darlehns abgetreten und sie war daher nach Tilgung des Darlehns zurückzugewähren. Den Gegenstand der Klage bildete hiernach der Rückgewähranspruch aus dem fiduziarischen Vertrage. Allerdings gehörte zu den den Anspruch begründenden Tatsachen auch die Tilgung des Darlehns. Daraus folgt aber nicht die Berechtigung der Annahme des Berufungsgerichts, daß hier die Klage in unzulässiger Weise geändert worden sei. In der Klage war gesagt, die Akzepte seien ‚längst bezahlt bzw. verrechnet', die ‚Akzeptverbindlichkeiten seien längst getilgt'. Diese Behauptungen sind allgemein gehalten und brauchen nicht notwendig im Sinne einer Tilgung durch Aufrechnungsvertrag verstanden zu werden; jedenfalls blieb dem Kläger nach ZPO. § 268 die Ergänzung oder Berichtigung seiner Anführung unbenommen, und um mehr als eine solche Ergänzung oder Berichtigung handelte es sich auch dann nicht, wenn die Behauptung, die Tilgung sei durch gegenseitige Verrechnung erfolgt, durch die Behauptung einseitiger Aufrechnung ersetzt wurde (vgl. RGZ. 10, 396). Hiernach liegt eine unzulässige Klagänderung nicht vor . . ."

673. Ist die Bestimmung im Versicherungsvertrage, daß über die Höhe und Dauer der Entschädigung unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs ein besonderes Schiedsgericht entscheiden solle, die Vereinbarung eines Schiedsgerichts i. S. der ZPO.? (ZPO. § 274 Abs. 2 Ziff. 3). Urt. vom 30. Juni 08, VII 438/07.

„. . . Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem sie in erster Reihe geltend machte, daß die Entscheidung des Rechtsstreits nach den Ver-

sicherungsbedingungen durch ein Schiedsgericht zu erfolgen habe, das auch bereits seinen Spruch abgegeben habe. Die Vertragsbestimmung, auf die sich die Beklagte berief lautet: ‚Über die Höhe und Dauer der Entschädigung entscheidet — unter Ausschluß jedes ordentlichen Rechtsweges — ein besonderes Schiedsgericht.‘ Der erstinstanzliche Richter wies die Klage ab, indem er annahm, daß die Ärztekommission im vorliegenden Falle ein Schiedsgericht i. S. der ZPO. darstelle, so daß die prozeßhindernde Einrede der Beklagten nach ZPO. § 274 Ziff. 3 gerechtfertigt sei. Eventuell erklärte der erstinstanzliche Richter die erhobene Feststellungsklage für unzulässig. Der Berufungsrichter gelangte ebenfalls zur Abweisung der Klage — und daher zur Zurückweisung der vom Kläger eingelegten Berufung —, jedoch aus einem anderen Grunde. Er legte die oben mitgeteilte Vertragsbestimmung dahin aus, daß danach die Ärztekommission nicht als Schiedsgericht über die Rechtsfragen zu entscheiden habe, sondern daß es sich bei ihr vielmehr um die Zusammenberufung einer Mehrheit von ärztlichen Gutachtern handle, die gewisse Tatsachen nach billigem Ermessen in einer die Parteien endgültig bindenden Weise feststellen sollten. Die — von dem Kläger verneinte — Frage, ob die Kommission auch darüber, ob Ganz- oder Teilinvalidität als Unfallfolge eingetreten sei, zu entscheiden habe, bejaht der Berufungsrichter und die von dem Kläger gegen die Wirksamkeit des von der Kommission gefällten Spruches vorgebrachten Angriffe erklärt er für unbegründet. Der Kläger hat gegen die Entscheidung des Berufungsrichters nur den einen prozessualen Einwand erhoben, daß der Berufungsrichter nicht selbst in der Sache habe erkennen dürfen, sondern sie zur weiteren Verhandlung gemäß ZPO. § 538 Nr. 2 an das Landgericht hätte zurückverweisen müssen. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Die von der Beklagten erhobene Einrede qualifizierte sich, wie der Berufungsrichter zutreffend dargelegt hat, rechtlich in Wahrheit nicht als Einrede des Schiedsvertrages, sondern als die der Entscheidung gewisser tatsächlicher Fragen durch Schiedsgutachter. Sie konnte auch gar nicht die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrages sein, da ja, wie feststand, und die Beklagte bei Begründung ihrer Einrede selbst hervorhob, diese Schiedskommission ihren Spruch bereits gefällt hatte . . .“

674. Erneute Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs nach Klagänderung (ZPO. §§ 274 Abs. 2 Ziff. 2, 269). Urt. vom 1. Juli 08, I 610/07.

„. . . Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges für einen eingeklagten Anspruch ist die Klagbegründung maßgebend. Ergibt die Prüfung derselben, daß es sich um einen privatrechtlichen Anspruch handelt, so ist die von dem Beklagten geltend gemachte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs durch Zwischenurteil zurückzuweisen und die Entscheidung schafft, wenn sie nicht angefochten oder ihre Anfechtung zurückgewiesen wird, Rechtskraft unter den Parteien. Eine nachträgliche Prüfung des Streitstoffs kann nur dann zu einer abweichenden Beurteilung hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtswegs führen, wenn die ursprüngliche Klagbegründung verlassen wird, wenn also der Kläger in zulässiger Weise (vgl. ZPO. § 269) die Klage nachträglich ändert . . .“

675. Feststellung eines Geständnisses im Urteil (ZPO. §§ 288, 313 Ziff. 3). Urt. vom 8. Juli 08, V 537/07.

„. . . Allerdings bemerkt der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils bei der Wiedergabe der Behauptung der Klägerin, daß die 10,50 ℳ, die bis zum nächsten Vorschußtage gestundet gewesen, erst am 15. Mai 1905 gezahlt worden seien, mit Bezug auf den nächsten Vorschußtag: ‚Das war unstreitig der 7. Mai 1905.‘ Mit Unrecht erblickt die Revision aber hierin die Feststellung eines Geständnisses. Das Geständnis erfordert begrifflich eine positive Erklärung, die vom Gegner behauptete Tatsache einräumen zu wollen. Dabei

bedarf es nicht des Gebrauchs bestimmter Worte, wie ‚einräumen', ‚gestehen' oder ‚zugestehen'. Ein Geständnis kann im Zusammenhang mit anderen Parteiäußerungen auch in der Erklärung gefunden werden: die behauptete Tatsache nicht bestreiten zu wollen. Dagegen hat das bloße Nichtbestreiten nicht die Bedeutung eines Geständnisses und mehr als ein solches Nichtbestreiten ist durch jenen Satz des erstinstanzlichen Tatbestandes nicht festgestellt (vgl. RGZ. 40, 270 Nr. 75; GruchotsBeitr. 45, 655; 43, 1225/7). Hiernach war das Berufungsgericht durchaus nicht behindert, auf Grund der von der Klägerin vorgetragenen Zeugnisse anderweit festzustellen: daß der nächste Vorschußtag der letzte April 1905 gewesen sei . . ."

676. Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs auf Schadensersatz, wenn ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten geltend gemacht ist. Einfluß des Umstandes, daß die Leistungsklage mit der Klage auf Rechnungslegung verbunden ist (BGB. § 254; ZPO. §§ 304, 254, 301). Urt. vom 8. Juli 08, I 458/07.

„. . . Die auf das materielle Recht gestützten Revisionsangriffe erweisen sich hiernach als ungerechtfertigt. Dagegen kann der Revision, soweit sie auf Verletzung der ZPO. § 304 gestützt wird, der Erfolg nicht versagt werden. Der Revision muß zugestanden werden, daß die Verurteilung der Beklagten zum Ersatze des der Klägerin erwachsenen — seiner Höhe nach noch unbestimmten — Schadens (2c des Urteils erster Instanz) sachlich als eine Vorabentscheidung nach ZPO. § 304 anzusehen ist. Dies, nicht eine etwaige abweichende Auffassung und Absicht des Berufungsgerichts ist für die rechtliche Natur dieses Teiles des Erkenntnisses entscheidend (RGZ. 54, 342). Eine Vorabentscheidung über den Grund des Schadensersatzanspruchs durfte aber nicht ergehen und das Berufungsgericht durfte eine solche Entscheidung nicht dem Antrage der Beklagten, als Berufungsklägerin, zuwider aufrechterhalten, weil es nach den Gründen des Berufungsurteils noch unentschieden war, ‚wieweit auf die Verpflichtung und den Umfang des Schadensersatzes nach BGB. § 254 das Verhalten der Klägerin Einfluß hatte, insofern sie die Klagerhebung verzögert haben solle'. Die Entscheidung über das ‚mitwirkende Verschulden' gehört zur Vorabentscheidung nach ZPO. § 304. Ist somit in dem bezeichneten Punkte 2c, wie geschehen, zu erkennen, so ist doch auch insoweit die Sache nicht an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Denn es ist zurzeit überhaupt noch nicht über den Schadensersatzanspruch zu verhandeln. Die Vorinstanzen haben nämlich nicht beachtet, daß nach ZPO. § 254 die Beklagte zunächst nur durch Teilurteil zur Rechnungslegung zu verurteilen war, daß dann diese Verurteilung erledigt werden muß und nun erst — in demselben Prozesse — über die Zahlung des jetzt bestimmt zu bezeichnenden Schadensbetrags zu verhandeln ist (vgl. RGZ. 58, 57). Das Verfahren hat danach nicht vor dem Berufungsgerichte, sondern vor dem Landgerichte seinen Fortgang zu nehmen . . ."

677. Festsetzung der Höchstdauer einer Rente im Verfahren über den Grund (ZPO. § 304). Urt. vom 25. Juni 08, IV 576/07.

„. . . Es wird gerügt, daß die vom Kläger bis zum vollendeten 70. Lebensjahre geforderte Rente nicht dem Grunde nach zur Hälfte hätte zugesprochen werden dürfen, ohne Prüfung, ob nach den zur Zeit des Unfalls zu übersehenden Verhältnissen der Kläger, wenn er den Unfall nicht erlitten hätte, bis zur Erreichung jenes Alters in vollem Umfange erwerbsfähig geblieben wäre. Allein der Berufungsrichter hat, wie nach dem Inhalt des Urteils anzunehmen ist, die Rente dem Kläger bis zur Erreichung jenes Alters nur in dem Sinne zugesprochen, daß damit die Höchstdauer der Rente festgesetzt ist, während im übrigen, was den Betrag des Anspruchs und den Zeitpunkt eines früheren

gänzlichen oder teilweisen Aufhörens der Rente betrifft, die Entscheidung dem ersten Richter überlassen ist. Dies ist, wie das Reichsgericht schon öfter ausgesprochen hat (JW. 06, 711 Nr. 5; 07, 366 Nr. 14; 07, 832 Nr. 9) nicht für unzulässig zu erachten ..."

678. Anerkennung ausländischer Urteile. Verbürgung der Gegenseitigkeit mit Österreich (ZPO. §§ 328 Abs. 1 Nr. 1, 5; 723 Abs. 2). Urt. vom 25. Juli 08, I 277/08.

„Der Revision war der Erfolg zu versagen. Zunächst hat der Berufungsrichter mit Recht angenommen, daß auch nach deutschem Recht die Zuständigkeit der Wiener Gerichte gegeben ist. Wie das Reichsgericht bereits in seiner im Band 51 S. 135 ff. der Sammlung abgedruckten Entscheidung ausgeführt hat, steht der deutsche Gesetzgeber auf dem Standpunkt, daß dem ausländischen Urteil die Anerkennung nicht zu versagen ist, wenn überhaupt die Zuständigkeit eines Gerichts des in Betracht kommenden ausländischen Staates aus irgend einem dem deutschen Recht angehörigen Grund anzunehmen ist. Der deutsche Richter hat nicht etwa die Entscheidung des ausländischen Gerichts bezüglich der Zuständigkeit nachzuprüfen, sondern er hat völlig selbständig zu prüfen und zu entscheiden, ob nach den Umständen des Falls auf Grund des deutschen Rechts die Zuständigkeit gegeben sein würde. Beim Mangel einer gegenteiligen Bestimmung muß dem Berufungsrichter darin beigetreten werden, daß der inländische Richter die gesamte Sachlage, also auch solche Tatumstände berücksichtigen muß, die dem ausländischen Gerichte nicht vorgetragen worden sind. Dem Kläger, der vor dem ausländischen Gericht dessen Zuständigkeit nur nach dem ausländischen Recht darzulegen hat, muß es unbenommen sein, vor dem inländischen Richter zum Nachweis, daß das ausländische Gericht auch nach deutschem Rechte zuständig sein würde, neue Tatumstände geltend zu machen. War hiernach Klägerin für berechtigt zu erachten, im Verfahren auf Erlaß des Vollstreckungsurteils zum Nachweis der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts sich nunmehr auch darauf zu berufen, daß der Beklagte nach seinem eignen Vorbringen in dem Verfahren vor den Wiener Gerichten in Österreich keinen Wohnsitz, wohl aber Vermögen besaß, so ist nach § 529 ZPO. eine solche Geltendmachung eines weiteren Zuständigkeitsgrundes auch noch in der Berufungsinstanz mit Recht zugelassen worden. Daß aber der Berufungsrichter auf Grund des unbestrittenen Vorbringens des Klägers über die betrügerische Art und Weise, wie M., Z. und T. sich die fraglichen Akzepte von dem Beklagten verschafft haben, annimmt, daß die Wiener Gerichte auch nach deutschem Recht in Gemäßheit des § 23 ZPO. zuständig gewesen sein würden, ist nach keiner Richtung zu beanstanden. Die Ausführungen der Revision, daß eine Schädigung des Beklagten erst dann einträte, wenn er an gutgläubige Dritte zahlen muß und daß ihm deshalb jedenfalls zur Zeit der Erhebung der Klage vor dem Wiener Handelsgericht ein Anspruch von irgend welchem Vermögenswert gegen die drei genannten Personen nicht zugestanden habe, gehen fehl. Nach seiner eigenen Darstellung war Beklagter jedenfalls in dem Zeitpunkt geschädigt, als die durch Betrug von ihm erlangten Akzepte an den gutgläubigen Kläger weiterbegeben wurden; schon damals stand ihm gegen die M. und Genossen mindestens ein Anspruch auf Befreiung von der Wechselschuld zu — ein Anspruch, der einen Vermögenswert besitzt und deshalb zur Begründung des Gerichtsstands des § 23 ZPO. für ausreichend zu erachten ist ...

Bezüglich der Verbürgung der Gegenseitigkeit (ZPO. § 328 Abs. 1 Ziff. 5) nimmt der Berufungsrichter zutreffend an, daß durch die vom österreichischen Justizminister erlassene Verordnung vom 19. Oktober 1904 die Vorschrift des § 80 Nr. 2 der Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 Deutschland gegenüber außer Anwendung gesetzt ist und daß deshalb aus ihr ein Bedenken bezüglich der Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht mehr zu entnehmen ist ..."

679. 1. Vernehmung von Mitgliedern nicht rechtsfähiger Vereine als Zeugen (ZPO. §§ 373 ff., 50 Abs. 2; BGB. § 26 Abs. 2). 2. Restitutionsklage, weil der Rechtsanwalt eine ihm aus anderem Anlaß übergebene Urkunde nicht im Prozeß vorgelegt hatte (ZPO. §§ 580 Ziff. 7b, 582). Urt. vom 5. Juni 08, VII 560/07.

„. . . Es kann sich hiernach nur noch fragen, ob die formellen Voraussetzungen der Restitutionsklage vorliegen. Unstreitig ist, daß sie im übrigen — was Fristablauf usw. anlangt — gegeben sind; es handelt sich allein nur noch um den Punkt, ob die Kläger ohne ihr Verschulden außerstande waren, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen. Daß sie selbst in dieser Beziehung ohne Schuld sind, ist ebenfalls nicht mehr streitig. Die Entscheidung hängt daher allein von der Frage ab, ob den Rechtsanwalt v. B. in seiner Eigenschaft als ihr Prozeßbevollmächtigter in dieser Beziehung ein Verschulden trifft. Der Berufungsrichter hat unter sehr eingehender Darlegung und umsichtiger Würdigung aller in Betracht kommenden tatsächlichen Verhältnisse diese Frage verneint. Das Revisionsgericht kann einen Rechtsirrtum hierin nicht finden. Die Revision macht geltend, die ursprüngliche für den Prozeß, in dem das Urt. vom 23. April 01 ergangen sei, erteilte Prozeßvollmacht habe nach ZPO. § 81 den Vertreter sowohl zur Führung der Prozesse von 1904 und 1905 (als durch die Zwangsvollstreckung veranlaßter Prozeßhandlungen) als zur Führung des vorliegenden, auf Wiederaufnahme des Verfahrens gerichteten Prozesses ermächtigt; daraus sei zu schließen, daß Rechtsanwalt v. B. alle Prozesse, namentlich den ursprünglichen und den von 1905, auf Grund einer und derselben Prozeßvollmacht geführt habe; auch die Urkunde vom 7. Mai 02 habe er in dieser seiner Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter vom Erblasser der Restitutionskläger erhalten und er habe seine Pflichten als Prozeßbevollmächtigter verletzt, indem er die wichtige Urkunde in einer Mappe zwischen wertlosen und ungeordneten Papieren verwahrt habe. Diese Ausführungen sind nicht geeignet, das Berufungsurteil zu erschüttern. Es ist in den Vorinstanzen keine Behauptung dahin aufgestellt worden, daß der Rechtsanwalt v. B. die Urkunde vom 7. Mai 02 in seiner Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter des Erblassers der Kläger von diesem erhalten habe und daß er die Prozesse von 1904 und 1905, die doch gegenüber den früheren jedenfalls einen gewissen selbständigen Charakter trugen und zwei bzw. drei Jahre nach dem Tode des Erblassers geführt wurden, nicht auf Grund neuer, von den Klägern selbst erteilter Vollmachten, sondern noch auf Grund der von dem Erblasser ihm gegebenen Vollmacht für die Kläger durchgeführt habe. Es mag sein, daß er die Urkunde in der Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter des Erblassers der Kläger empfangen hat, zweifellos ist dies nicht, da er ersichtlich überhaupt dessen juristischer Berater war und die Urkunde die Ausführung des Vergleichs, durch den der Prozeß von 1901 bereits beendet worden war, betraf. Es ist dies aber nicht von Belang; denn mit Recht betont der Berufungsrichter, nur ein Verschulden des Rechtsanwalts v. B. in seiner Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter der Kläger in dem 1905 geführten Prozesse komme in Betracht; wenn ihm im übrigen Schuld gegeben werden müßte, daß durch sein Versehen die fragliche Urkunde eine Zeitlang in Verlust geraten sei, so würde dies für den vorliegenden Prozeß keine Bedeutung haben. Es hieße, den Grundsatz, daß die Partei sich das Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten zurechnen lassen muß, überspannen, wenn man sie darunter leiden lassen wollte, daß ihr Prozeßbevollmächtigter sich zeitweilig des Umstandes nicht erinnert, daß ihm in einem früheren Prozeß bzw. aus sonstigem Anlaß eine Urkunde von Erheblichkeit von ihrem Erblasser übergeben worden ist und von ihm in Akten gelegt worden ist, die für deren Aufbewahrung weniger geeignet waren als andere Akten. Der Annahme des Berufungsrichters, daß hier ein den Klägern zuzurechnendes Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten nicht vorläge, kann daher nach Lage des Falles nur beigepflichtet werden.

Die Revision hat dann noch zur Prüfung verstellt, ob der Schreiber S. als Zeuge vernommen werden konnte, obgleich er Mitglied des beklagten, nicht rechtsfähigen Vereins ist. Die Prüfung hat ergeben, daß diese Vernehmung nicht unzulässig war. Soweit ein nicht rechtsfähiger Verein sich in der Lage der beklagten Partei befindet, hat er nach ZPO. § 50 Abs. 2 die Stellung eines rechtsfähigen Vereins. Als notwendige Folgerung hieraus ergibt sich, daß in solchem Falle der nicht rechtsfähige Verein in seinem Vorstand seinen gesetzlichen Vertreter findet (BGB. § 26). Demnach können allerdings die Vorstandsmitglieder nicht als Zeugen vernommen werden; dagegen sind die übrigen Mitglieder in solchem Falle den Mitgliedern eines rechtsfähigen Vereins, die nicht zum Vorstande gehören, gleichzustellen und daher, da sie hiernach nicht Partei sind, gleich diesen für zeugnisfähig zu erachten . . ."

680. Recht der Bediensteten eines Notars zur Zeugnisverweigerung. „Anvertrauen" von Tatsachen (ZPO. § 383 Ziff. 5). Beschl. vom 8. Juni 08, V B 90/08.

„Gegen die auf falsche Mietertragszusicherung des Beklagten gestützte Minderungsklage wendet der Beklagte u. a. ein, daß der Kläger in das Amtszimmer des Notars B. zum Vertragsabschlusse die von seinem, des Beklagten, Sohne angefertigte, ins einzelne gehende Mietaufstellung (Bl. 11 ff. der Akten in Abschrift enthalten) mitgebracht habe, daß diese eingehend erörtert worden sei und daß sich dann der § 3 des Vertrags, wonach 5000 ℳ Mietertrag des einen verkauften Grundstücks, R.-Straße 11, zugesichert ist, seinem Wortlaut entsprechend auf sämtliche Baulichkeiten dieses Grundstücks (also auch auf die auf das andere mitverkaufte Grundstück sich hinübererstreckenden Teile) habe beziehen sollen. Hierfür war der Bureauvorsteher K. des genannten Notars als Zeuge vom Beklagten benannt worden, der Vorderrichter hat aber dessen Zeugnisverweigerung durch das nun angefochtene Zwischenurteil vom 30. April 03 deshalb für gerechtfertigt erklärt, weil zwar der Notar und der Beklagte, aber nicht der Kläger den genannten Zeugen von der Amtsverschwiegenheit entbunden habe. Die sofortige Beschwerde hiergegen ist zwar zulässig und innerhalb gesetzlicher Frist und in gesetzlich vorgeschriebener Weise eingelegt, aber sachlich unbegründet.

Daß der § 383 Ziff. 5 ZPO. auch für Bedienstete der Notare gilt, ist vom Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen worden (vgl. RGZ. 54, 63). Nach der Rechtsprechung ist ferner der Begriff des ‚Anvertrauens von Tatsachen' in jener Gesetzesstelle weiter, nämlich dahingehend auszulegen, daß sich die Amtsverschwiegenheit nicht bloß auf ausdrückliche, das Geschäft betreffende Mitteilungen der Vertragsbeteiligten, sondern auch auf alle anderen aus Anlaß des Geschäftsabschlusses dem Beamten oder dessen Bediensteten zur amtlichen Kenntnis gebrachten Umstände erstreckt (vgl. GruchotsBeitr. 38, 497; JW. 95, 519 Nr. 17; RGZ. 53, 168). Daß der oben angeführte Beweissatz amtliche Wahrnehmungen dieser Art, ja sogar ausdrückliche Erklärungen der Vertragsteile zum Gegenstande hat, bedarf weiterer Ausführungen nicht. Es geht auch nicht an, wie der Beklagte in zweiter Reihe in seiner Beschwerde beantragt, den Beweisstoff in der Weise auseinanderzureißen, daß man den Zeugen wenigstens zur Aussage darüber zwingt, daß der Kläger die fragliche Mietaufstellung in das Amtszimmer des Notars mitgebracht habe. Denn erstlich hängt diese Tatsache — schwer trennbar — mit dem übrigen Inhalt des Beweissatzes zusammen und sodann ist sie gegebenenfalls auch nur aus Anlaß der amtlichen Tätigkeit des Notars zu seiner und seines Bediensteten Kenntnis gelangt . . ."

681. Ist gegen öffentliche Urkunden der Beweis zulässig, daß Einzelheiten beim Verlesen überhört und von den Parteien nicht erklärt worden seien? (ZPO. § 415 Abs. 2). Urt. vom 13. Juli 08, II 86/08.

„. . . Das Berufungsgericht erachtet als bewiesen, die Vertragsschließenden hätten die Aufrechnung nicht ausschließen wollen. Ferner hätte weder der Beklagte noch D. vor Errichtung der Urkunde eine den Ausschluß der Aufrechnung betreffende Erklärung abgegeben. Nach der Aussage des als Zeuge vernommenen Sekretärs des Notars R. sei vielmehr die den Ausschluß der Aufrechnung enthaltende ‚Bedingung' nur dadurch in die notarielle Urkunde vom 21. April 1904 gekommen, daß sie in dem von dem gedachten Sekretär bei Fertigung des Entwurfs benutzten vorgedruckten Muster stand. Es führt weiter aus: Bei dieser Sachlage erhebe sich die Frage, ob nicht der Beklagte beim Verlesen der Urkunde die Worte ‚ohne Aufrechnung' überhört habe und ob sich danach auch die von ihm erklärte Genehmigung, wie er behauptet, nicht auf diese Worte beziehe. Wäre ein solches Überhören bewiesen und stände dem Beklagten ferner auch nicht entgegen, es sei ihm bekannt gewesen, daß die Notare in die von ihnen aufgenommenen Kaufverträge regelmäßig die Bedingung aufnehmen, der Kaufpreis müsse ohne Aufrechnung bezahlt werden, so hätte der Beklagte den nach der ZPO. § 415 Abs. 2 zugelassenen Nachweis erbracht, daß die Erklärung der Worte ‚ohne Aufrechnung' tatsächlich nicht erfolgt sei und daß auch die in der öffentlichen Urkunde beurkundete Genehmigung sich nicht auf die tatsächlich nicht abgegebene Erklärung der Worte ‚ohne Aufrechnung' in der Urkunde miterstreckte. Darum sei von der Leistung des dem Beklagten auferlegten richterlichen Eides die Entscheidung abhängig zu machen.

Die Revisionsbegründung rügt Verletzung der ZPO. § 415 Abs. 2. Diese Vorschrift komme nicht mehr in Betracht, wenn feststehe, daß die Willenserklärung des Beklagten äußerlich so abgegeben worden sei, wie sie in der notariellen Urkunde stehe. In einem solchen Falle könne es sich nur um einen Irrtum des Beklagten über den Inhalt der Erklärung i. S. des BGB. § 119 Abs. 1 handeln, — eine Anfechtungserklärung des Beklagten sei indes nicht erfolgt. — Der Angriff ist nicht begründet.

Der 7. ZS. des RG. hat in seinem Urt. vom 28. Febr. 02 — RGZ. 50, 420 — zu einem ganz gleich gelegenen Falle ausgesprochen: ‚Mit Recht dürfen als Teil des nach der ZPO. § 415 Abs. 2 zugelassenen Beweises auch die Tatsachen betrachtet werden, daß der Vertragsschließende bei Genehmigung und Unterschreibung der öffentlichen Urkunde die ihm in den Mund gelegte, aber nicht abgegebene und nicht gewollte Erklärung nicht genehmigen wollte, weil er sie beim Vorlesen überhört habe.' Der erkennende Senat tritt den Ausführungen des 7. ZS. bei. Von diesem Ausgange sind die von der Revision angegriffenen Erwägungen des Berufungsurteils rechtlich einwandfrei . . ."

682. Eideszuschiebung darüber, daß der Gegner gesund sei und keine Schmerzen oder Krankheitserscheinungen verspüre (ZPO. § 445). Urt. vom 22. Juni 08, IV 653/07.

„. . . Die Revisionskläger beschweren sich über die Ablehnung einer Eideszuschiebung. Sie hatten, wie schon in erster Instanz, dem Kläger den Eid darüber zugeschoben, daß er zurzeit vollkommen gesund sei und keinerlei Schmerzempfindungen oder Krankheitserscheinungen verspüre. Der Berufungsrichter hat diesen Beweis nur aus dem Grunde abgelehnt, weil er die Eideszuschiebung für unzulässig hält. Denn der Eid beziehe sich nicht auf Tatsachen, sondern er enthalte ein Urteil. Die Revisionskläger halten dies für verfehlt, weil der Kläger gerade allein über die behaupteten Umstände Auskunft geben könne. Es sei daher ZPO. § 445 verletzt.

Die Rüge ist begründet. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist bereits wiederholt darauf hingewiesen worden, daß die Empfindungen des Schmerzes Tatsachen sind, die für den Leidenden im allereigentlichsten Sinne den Gegenstand der unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung bilden. Gegen eine Eideszuschiebung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von

Schmerzen läßt sich deshalb aus ZPO. § 445 ein Bedenken nicht herleiten (vgl. die Urt. vom 2. Nov. 87, JW. 87, 493 Nr. 4 und vom 26. Sept. 98, JW. 98, 602 Nr. 20). Nur wenn außerdem von seiten der Beklagten behauptet worden ist, Kläger sei jetzt gesund oder, was dasselbe bedeutet, er sei von Krankheitserscheinungen frei, kann es auf ein Urteil darüber ankommen, ob Erscheinungen, die der Kläger an sich selbst wahrnimmt, auf eine Krankheit zurückzuführen sind oder nicht. Allein wie bei den behaupteten Schmerzen, so ist es auch in dieser Beziehung von vornherein Sache des Klägers, die Erscheinungen zu bezeichnen, in denen er eine Folge des Unfalls erblickt und die er als eine Herabsetzung seines körperlichen oder geistigen Wohlbefindens angesehen wissen will. Die Eideszuschiebung betrifft lediglich eine Gegenbehauptung. Es kann deshalb bei gehöriger Anwendung der ZPO. § 139, dessen Verletzung von der Revision gleichfalls gerügt wird, auch nach dieser Richtung eine Aufklärung geschaffen werden, die zumal bei Beachtung der ZPO. § 144 für die Entscheidung über das Maß der Entschädigung erheblich ins Gewicht zu fallen vermag . . ."

683. Unzulässigkeit der Zurückverweisung zur Entscheidung auch über die Klage, wenn zur Widerklage ein Zwischenurteil über den Grund ergehen müßte, der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch aber höher ist als die festgestellte oder unstreitige Klagforderung und in deren Höhe mit ihm aufgerechnet ist (ZPO. §§ 538 Nr. 3, 304). Urt. vom 23. Juni 08, II 2/08.

„. . . Die Schadensforderung aus Übertragung der Schweineseuche auf den Schweinebestand des Beklagten war durch Aufrechnung gegen die im übrigen dem Grund und Betrage nach unbestrittene Klagforderung und mit dem weiteren auf 10 000 ℳ abgerundeten Betrage durch die Widerklage geltend gemacht. — Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts gehört in einem solchen Falle zur Entscheidungsreife eines Zwischenurteils nach ZPO. § 304 über den Grund des Anspruchs der Widerklage, daß nach der Aufrechnung zur Klage noch etwas für die Widerklage übrigbleibt, also die Forderung in der zur Aufrechnung gebrachten Höhe auch dem Betrage nach bereits feststeht. Daraus ergibt sich die weitere Folgerung: — eine Zurückverweisung der Sache nach ZPO. § 538 Nr. 3 auch zur Entscheidung über die Klage ist, wenn die Höhe der Klagforderung an sich unstreitig ist, oder feststeht, wegen des Streites über die Höhe der aufgerechneten Gegenforderung auch dann nicht zulässig, wenn zur Widerklage ein Zwischenurteil nach ZPO. § 304 erlassen und in diesem Umfange die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen werden müßte. Denn die letztere Entscheidung setzt nach den obigen Darlegungen voraus, daß die aufgerechnete Forderung schon in Höhe des gegen die Klage aufgerechneten Betrages feststeht, die Klage somit nach Grund und Betrag entscheidungsreif ist. — Der erkennende Senat hat allerdings — anlehnend an eine gelegentliche Ausführung in dem Urt. des 5. ZS. vom 9. Jan. 01, RGZ. 47, 416 (418/419) — in seinem Urt. vom 4. März 02 — II 410/01 —, teilweise abgedruckt JW. 02, 217 Nr. 18, die gegenteilige Auffassung vertreten und angenommen, daß in einem solchen Falle die Sache zur Klage und zur Widerklage nach § 538 Nr. 3 in die erste Instanz zurückverwiesen werden könne, um widersprechende Entscheidungen über die durch Aufrechnung und Widerklage geltend gemachte Gegenforderung innerhalb des einheitlichen Verfahrens zu vermeiden. Dieser Auffassung ist auch Gaupp-Stein, ZPO. (8./9. Aufl.) zu § 538 S. 56 zu Anm. 43 beigetreten. Der Senat vermag sie indes für den hier gegebenen Fall, der mit dem in seinem Urt. vom 4. März 02 entschiedenen Falle übereinstimmt, nicht aufrechtzuerhalten. Ein Anlaß, die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate einzuholen, liegt nicht vor, da sich der 5. ZS. am angegebenen Orte (RGZ. 47 S. 418/419) nur gelegentlich mit der vorliegenden Frage beschäftigt hat . . ."

684. Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz bei Verwerfung der Einrede, daß die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zuständig seien (ZPO. §§ 538 Abs. 1 Ziff. 2, 274 Abs. 2 Ziff. 2). Urt. vom 18. Juni 08, IV 556/07.

„. . . Das Landgericht hatte ausgeführt: Der Kläger habe nicht nur die Arbeiten eines Kutschers bei dem Beklagten verrichten, sondern sich in der freien Zeit auch Arbeiten im Fabrikbetriebe der Firma H. & Ko. unterziehen müssen. Die Tätigkeit in der Fabrik habe die Versicherung zur Folge. Der Unfall begründe, da er mit dem häuslichen Dienst (GewUVersG. § 3) in einem ursächlichen Zusammenhang stehe, die Verpflichtung der Berufsgenossenschaft zur Entschädigung; nur die Berufsgenossenschaft hafte für die Folgen des Unfalls. Zur Entscheidung hierüber aber seien gemäß § 152 des Gesetzes nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden zuständig, da es sich nach dem Vorbringen des Klägers nicht um eine vorsätzliche Herbeiführung des Unfalls durch den Betriebsunternehmer i. S. des § 135 oder um die Haftung eines Dritten nach § 140 handle. Der Rechtsweg erscheine deshalb ebenso unzulässig wie eine Aussetzung der Verhandlung gemäß ZPO. § 148, deren Voraussetzung die Zulässigkeit des Rechtswegs für den erhobenen Anspruch wäre.

Die Erwägungen des Landgerichts lassen klar ersehen, daß das Landgericht den auf Grund des BGB. § 833 gegen den Fabrikanten Dr. O. erhobenen Anspruch mit dem dem Kläger angeblich aus der Unfallversicherung gegen die Berufsgenossenschaft zustehenden Anspruch vermengt hat. Das Bedenken der Nebenintervenientin, ob nicht für die auf § 833 gestützte Klage der Rechtsweg ausgeschlossen sei, ist völlig unbegründet (vgl. das Urt. des RG. vom 5. Juli 88, RGZ. 21 S. 76, 77). Das Landgericht ist zu seiner Entscheidung nur dadurch gekommen, daß es annahm, es werde von ihm ein Erkenntnis über die Haftung der Berufsgenossenschaft begehrt. Indem der erste Richter auf den von dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten in erster Instanz erhobenen Einwand hin aussprach, nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden seien zur Entscheidung zuständig (vgl. GewUVersG. §§ 8 ff., §§ 69 ff.) und aus diesem Grunde die Klage abwies, erkannte er nur über die prozeßhindernde Einrede der ZPO. § 274 Abs. 2 Nr. 2. Demgemäß war es gerechtfertigt, wenn das Oberlandesgericht bei der Verwerfung der Einrede die Sache nach ZPO. § 538 Abs. 1 Nr. 2 an das Gericht erster Instanz zurückverwies . . ."

685. Formerfordernis der Beschwerde, die sich gegen den Beschluß eines Oberlandesgerichts richtet, durch den die Beiordnung eines Rechtsanwalts abgelehnt ist (ZPO. § 569 Abs. 2 Satz 2, § 127; RAO. § 35). Beschl. vom 13. Aug. 08, III B 205/08.

„Durch den Beschluß des OLG. zu F. vom 13. Juni 08 ist der Antragsteller mit der Bitte, ihm zwecks Erhebung der Restitutionsklage gegen das Urteil des genannten Gerichts vom 27. Mai 08 in Sachen W. & F. 1 U 343/07 einen bei dem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt beizuordnen, zurückgewiesen worden.

Gegen diesen Beschluß hat der Antragsteller zunächst eine privatschriftlich abgefaßte Beschwerde erhoben, welche das Oberlandesgericht für zulässig erklärt, demnächst aber der 3. ZS. des RG. durch Beschluß vom 13. Juli 08 als unzulässig verworfen hat, weil dabei die Formvorschrift des § 569 Abs. 2 Satz 2 ZPO. nicht eingehalten sei. Nunmehr hat der Antragsteller seine Beschwerde am 18. Juli 1908 zum Protokoll eines Gerichtsschreibers des Oberlandesgerichts wiederholt und am 23. Juli, ebenfalls zum Protokoll dieses Gerichtsschreibers, den Antrag hinzugefügt, die Sache zur Feriensache zu erklären. Das Oberlandesgericht hat diesem letzteren Antrag entsprochen, die Beschwerde selbst aber als unzulässig verworfen, weil sie nur durch einen, von einem oberlandesgerichtlichen Anwalt unterzeichneten Schriftsatz hätte eingelegt werden können,

Beschluß vom 24. Juli, zugestellt am 29. Juli 1908. Daraufhin hat der Antragsteller am 4. August zum Protokoll eines Gerichtsschreibers des Oberlandesgerichts auf die Entscheidung des Reichsgerichts angetragen mit der Sachbitte, ihm zur Durchführung der Beschwerde und der Hauptsache einen Offizialanwalt zu bestellen, und der ferneren Bitte, die Sache auch weiterhin als Feriensache zu behandeln.

Gegen die Erklärung zur Feriensache bestehen keine Bedenken. Der Antrag auf Entscheidung des Reichsgerichts gemäß ZPO. § 574 Abs. 2 Satz 2 ist frist- und, wie sich sogleich zeigen wird, auch formgerecht gestellt. Er führt zur Aufhebung des oberlandesgerichtlichen Beschlusses vom 24. Juli, soweit dieser die Beschwerde als unzulässig verworfen hat. Die Begründung dieses Beschlusses kann nicht gebilligt werden. Indem das Oberlandesgericht zur Formrichtigkeit der Beschwerde die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch einen Oberlandesgerichtsanwalt fordert, wendet es nicht, wie es durch den reichsgerichtlichen Beschluß vom 13. Juli angewiesen war, die Formvorschrift des § 569 Abs. 2 Satz 2 ZPO. an, sondern es legt die allgemeine Regel des § 78 Abs. 1 daselbst zugrunde. Von dieser allgemeinen Regel bestimmt aber, die Beschwerden betreffend, der § 569 Abs. 2 Satz 2, in gewissen Fällen eine Ausnahme, in welcher die Regel nicht gelten soll, und zwar im ersten Halbsatze allgemein dahin, daß in diesen Fällen die Einlegung der Beschwerde auch „zum Protokolle des Gerichtsschreibers", das heißt überhaupt ohne besondere Form, erfolgen könne, während der zweite Halbsatz hiervon wiederum eine Ausnahme mit erschwerender, aber nicht dem § 78 entsprechender Formvorschrift dann macht, wenn in diesen Fällen die Beschwerde gegen die Entscheidung eines Oberlandesgerichts gerichtet ist. Indem der vorangegangene Reichsgerichtsbeschluß vom 13. Juli die frühere privatschriftliche Beschwerde aus dem Grunde für unzulässig erklärt hat, weil die Formvorschrift des § 569 Abs. 2 Satz 2 nicht eingehalten sei, hat er die Anwendbarkeit des § 78 ZPO. auf diese Beschwerde verneint und vielmehr ausgesprochen, daß dafür die Ausnahmevorschriften der ersterwähnten Stelle maßgebend seien. Es entspricht dies der vom Reichsgericht schon früher — RGZ. 6, 392 — befolgten und seither festgehaltenen Rechtsansicht, daß in formeller Beziehung die Beschwerde aus § 35 RAO. der das Armenrecht betreffenden Beschwerde des § 127 ZPO. gleich zu behandeln sei. Den formellen Anforderungen, welche der § 569 Abs. 2 Satz 2 an die Einlegung der gegen eine oberlandesgerichtliche Entscheidung gerichteten, das Armenrecht betreffenden Beschwerden stellt, ist aber im vorliegenden Falle unzweifelhaft genügt. In der Praxis des Reichsgerichts steht aber ebenso fest, daß in den Ausnahmefällen des § 569 Abs. 2 Satz 2 die hier gegebenen Formvorschriften auch für den Antrag auf Entscheidung des RG. nach § 574 Abs. 2 Satz 2 gelten (vgl. Beschl. VI B 64/06 vom 26. März 06; VII B 37/08 vom 7. April 08) . . ."

686. Vollstreckungsurteil zu ausländischen Kostenfestsetzungen (ZPO. § 723). Urt. vom 5. Mai 08, VII 317/07.

„. . . Der Berufungsrichter sagt unter Nr. I 1 der Gründe, es möge die Annahme begründet sein, daß eine richterliche, auf Grund beiderseitigen Parteigehörs erlassene Entscheidung (nämlich über den Betrag der Kosten) vorliege, die an sich, wenn sie auch nicht in Urteilsform gehalten sei, doch hinsichtlich der Vollstreckbarkeitserklärung einem eigentlichen Urteil gleichzustellen wäre. Unter Nr. I 2 der Gründe erklärt der Berufungsrichter alsdann aber, die Tatsache, daß die einzelnen Kostenbeträge von den spanischen Gerichten jeweils in der aus den Verzeichnissen ersichtlichen Höhe festgestellt worden seien, könne nicht für ausreichend erachtet werden, den im gegenwärtigen Verfahren zu erfordernden Nachweis zu erbringen, daß die einzelnen Anrechnungen den gesetzlichen Bestimmungen des spanischen Rechts entsprächen. Diese Ausführung verstößt gegen die Bestimmung der ZPO. § 723, wonach das Vollstreckungsurteil ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen ist.

Wenn, wie der Berufungsrichter mit Recht angenommen hat, die durch das Gericht erfolgenden Kostenfestsetzungen hinsichtlich der Vollstreckbarkeitserklärung den eigentlichen Urteilen gleichzustellen sind, so muß auf sie auch gleichmäßig ZPO. § 723 Anwendung finden, d. h. es darf auch bei ihnen eine Nachprüfung durch den inländischen Richter dahin, ob diese Festsetzungen dem ausländischen Recht entsprechen, nicht stattfinden ..."

687. „Entscheidung" i. S. von ZPO. § 775 Nr. 1 (ZPO. § 775 Nr. 1). Urt. vom 26. Juni 08, VII 366/07.

„... Nach ZPO. § 775 Nr. 1 ist die Zwangsvollstreckung einzustellen, wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß das zu vollstreckende Urteil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist, nach § 776 sind in diesen Fällen zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. Einige Schriftsteller (vgl. z. B. Reincke, 5. Aufl., Bemerkung IIa Abs. 2 zu § 775 ZPO., auch Struckmann-Koch, 8. Aufl., Anm. 2 Abs. 2 u. 3 zu § 775 ZPO.) nehmen ohne besondere Begründung, anscheinend lediglich im Anschluß an die bei Beratung der ZPO. in der Reichstagskommission getane Äußerung eines Regierungsvertreters (vgl. Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., S. 351 Anm. 52), an, daß § 775 Nr. 1 nur Entscheidungen im Auge habe, die durch ein Urteil ergangen seien. Wäre dies richtig, so würde die Anwendbarkeit der genannten Vorschriften im vorliegenden Falle ausgeschlossen sein; denn die in Betracht kommende Entscheidung ist nicht durch Urteil, sondern durch den Beschluß vom 3. Aug. 06 erfolgt. Allein jene Auffassung findet in dem Wortlaute der ZPO. § 775 Nr. 1 keine Stütze, da der dort angewendete Ausdruck ‚Entscheidung' Beschlüsse so gut wie Urteile umfaßt. Auch innere Gründe unterstützen jene einschränkende Auslegung nicht, sondern stehen ihr entgegen. Da nämlich Nr. 2 des § 775 sich nur auf die Anordnung einstweiliger Einstellung bezieht und Nr. 3—5 überhaupt andersartige Fälle betreffen, so würde es für die Fälle, wo die endgültige Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gemäß ZPO. § 766 durch Beschluß ausgesprochen wird, an der erforderlichen, den §§ 775, 776 entsprechenden Vorschrift ganz fehlen; dies kann das Gesetz nicht gewollt haben. Hiernach muß § 775 Nr. 1 auch auf Fälle der letztgenannten Art bezogen werden ..."

688. Sind schlechte Vermögensverhältnisse des Gegners Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung? (ZPO. § 935). Urt. vom 25. Juli 08, VII 240/08.

„... In ersterer Beziehung rügt die Revision zunächst, daß es an Anlaß für die einstweilige Verfügung fehle. Der Anfechtungsanspruch komme nur zugunsten einer Gehaltsforderung in Frage, die Beklagte sei aber, wie das Berufungsgericht als glaubhaft gemacht ansehe, nicht mittellos, der der Klägerin gegebenenfalls gegen sie zustehende Schadensersatzanspruch sei deshalb nicht gefährdet.

Diese Ausführungen treffen nicht zu. Sie verkennen, daß der Klägerin die Zwangsvollstreckung aus einem bestimmten Grundstücke vor der auf diesem eingetragenen Hypothek der Beklagten gesichert werden soll, das Verbot der einstweiligen Verfügung eine individuelle Maßnahme anordnet, die Veränderung eines individuellen Zustandes verhüten will. Solche Anordnungen, mögen sie auch im Endzweck vermögensrechtlicher Natur sein, sind durch schlechte Vermögensverhältnisse des Gegners nicht bedingt (JW. 00, 661 Nr. 12). Anlaß für eine einstweilige Verfügung würde nur dann nicht vorliegen, wenn das Berufungsgericht hätte annehmen können, die Beklagte werde auch ohne ein an sie ergehendes Verbot über die Hypothek vor dem Austrage der Sache nicht verfügen. Der Standpunkt des Berufungsurteils ist aber, wie unten zu erwähnen ist, der entgegengesetzte ..."

689. Wann muß der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorliegen, damit sie aufrechterhalten werden kann? (ZPO. §§ 935 ff., 286, 308). Urt. vom 18. Juni 08, IV 134/08.

„. . . Die Revision beschwert sich dann auch hinsichtlich dieses Anspruchs hauptsächlich nur darüber, daß in der einstweiligen Verfügung vom 17. August 1906 das Getrenntleben bewilligt ist, ohne daß ein Antrag hierauf von der Klägerin gestellt war. Allein der erforderliche Antrag ist in dem weiteren Verfahren nachgeholt worden, indem Klägerin in erster und zweiter Instanz, ohne daß übrigens die Nachholung von dem Gegner bemängelt ist, die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung verlangt hat. War auch der erste Richter zum Erlaß der einstweiligen Verfügung ohne Antrag nicht befugt, so lagen doch zur Zeit des Erlasses des Berufungsurteils — und auf diesen Zeitpunkt kommt es an (vgl. JW. 98, 606 Nr. 29; 00, 182 Nr. 9; Urt. des erkennenden Senats vom 29. Nov. 06, IV 407/06) — die Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung vor . . ."

690. Voraussetzungen der zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs zu erlassenden einstweiligen Verfügung. Kann die Klage, deren Erhebung angeordnet ist, Feststellungsklage sein? Verlangen nach Befriedigung aus dem Versteigerungserlös als Anspruch auf eine Individualleistung (ZPO. §§ 935, 936, 920, 926). Urt. vom 3. Juli 08, VII 199/08.

„. . . Grundsätzlich steht der Sicherung des Anfechtungsanspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung ein rechtliches Hindernis nicht entgegen. Insbesondere ist ein solches in dem Mangel eines vollstreckbaren Titels und des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu erblicken, weil er nicht die Begründung des Anfechtungsanspruchs, sondern nur dessen Voraussetzungen betrifft (RGZ. 41, 87; 57, 105; GruchotsBeitr. 30, 45; 50, 433; Jäger, Anm. 6, 10 zu AnfG. § 2, Anm. 9 zu § 10; Falkmann, Anfechtung S. 49 Nr. 4). Freilich wird bei Prüfung der Frage, ob zu Schutzmaßregeln ein Anlaß vorliegt, die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit der Herstellung der bezeichneten Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs von Bedeutung sein. Es ist dies Tatfrage, auf die im vorliegenden Falle nicht eingegangen zu werden braucht, da in diesem Punkte prozessuale Rügen nicht erhoben sind. Die Rüge, daß der — nach ZPO. § 936 auch auf einstweilige Verfügungen anwendbare — § 926 ZPO. verletzt sei, ist nicht begründet. Die Klage in der Hauptsache ist, wie auch die Revision anerkennt, die Anfechtungsklage. Sie mußte bei Vermeidung der Aufhebung der einstweiligen Verfügung innerhalb der bestimmten Frist erhoben werden. Geschah dies nur mit dem der damaligen Sachlage angepaßten Antrage, die Abtretung vom 9. August 1906 für den Fall der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners für anfechtbar zu erklären, so mag die Klage abzuweisen sein, wenn es nicht gelingt, bis zum Urteil die fehlenden Voraussetzungen des Anspruchs zu beschaffen und den Antrag gemäß AnfG. § 7 zu ändern (vgl. RGZ. 57, 102). Allein es läßt sich nicht sagen, daß die Hauptsache i. S. der ZPO. § 926 nicht anhängig gemacht worden sei. Ob die Klage begründet ist oder nicht und ob sie etwa schon wegen fehlender Prozeßvoraussetzungen abzuweisen ist, berührt die nach ZPO. § 926 allein erhebliche Tatsache nicht, daß sie erhoben und nunmehr der Zweck der Vorschrift, die Hauptsache und damit auch die vorläufigen Maßnahmen des Arrestes und der einstweiligen Verfügung zur Erledigung zu bringen, sichergestellt ist. Wollte man annehmen, daß nur die Aussicht auf Erfolg versprechende Klage dem Erfordernisse der ZPO. § 926 genüge, so würde dies darauf hinauslaufen, dem Anfechtungsanspruche, für den es zurzeit noch an den oben bezeichneten Bedingungen mangelt, grundsätzlich den vorläufigen Schutz zu versagen. Ein Bedenken würde auch von der Revision nicht erhoben werden können, wenn mit dem Leistungsantrage gemäß AnfG. § 7 in

der Erwartung geklagt worden wäre, daß er bis zum Urteil liquide gestellt werde. Unbegründet wäre auch diese Klage zur Zeit ihrer Anstellung gewesen. Darum kann es keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Klagantrag als Feststellungs- oder Leistungsantrag gefaßt ist, wofern die Klage selbst nur der Verwirklichung des Anfechtungsanspruchs dient und zu diesem Zwecke anhängig gemacht worden ist.

Die Revision bestreitet ferner, daß eine die Anordnung einer einstweiligen Verfügung rechtfertigende Individualleistung vorliege (ZPO. § 935). Allein ohne Grund. Erst wenn der bei der Zwangsversteigerung zur Hebung gekommene Hypothekengläubiger den auf ihn entfallenden Teil des Barerlöses, der an das Gericht zu zahlen ist (ZVG. § 107 Abs. 2), erhalten hat, ist er ‚aus dem Grundstücke' befriedigt und damit die Hypothek endgültig erloschen. Bis dahin genügt der Hypothekengläubiger, dem gegenüber die Abtretung der Post angefochten ist, als Anfechtungsschuldner dem Anspruche des Anfechtungsgläubigers, wenn er sein Recht auf Verwirklichung der Hypothek in der Lage, in der er sich während des Versteigerungsverfahrens befindet, dem Gläubiger zur Verfügung stellt, d. h. darin willigt, daß statt seiner der Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt werde. Dies ist keine Geld-, sondern eine der Sicherung durch einstweilige Verfügung zugängliche Individualleistung . . ."

691. **Ausfertigungen von Schiedssprüchen** (ZPO. § 1039). Urt. vom 16. Juni 08, VII 564/07.

„. . . Sollte aber auch, wie der Beklagte behauptet, ein sich nicht als Ausfertigung bezeichnendes Schriftstück mit nur zwei Originalunterschriften der Schiedsrichter, dessen Übereinstimmung mit der Urschrift im übrigen nicht bemängelt ist, zugestellt sein, so hält der Senat an seiner bereits in einer früheren Sache (Aktenzeichen VII 323/02, JW. 03, 50) ausgesprochenen Auffassung fest, daß für die von den Schiedsrichtern als Privatpersonen herzustellenden Ausfertigungen zur Feststellung der Authentizität des Spruches genügt, wenn das zugestellte Schriftstück die einmaligen Originalunterschriften der Schiedsrichter trägt und im übrigen die Übereinstimmung dieses Schriftstücks mit der Urschrift feststeht . . ."

Register.

(Nach der Paragraphenfolge der Gesetze.)

Die Zahlen beziehen sich auf die Nummern, unter denen die betreffende Entscheidung abgedruckt ist.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Binnenschiffahrtsgesetz.

Kaiserliche Verordnung vom 9. Mai 1897 (jetzt Seestraßenordnung).

Wechselordnung.

Zivilprozeßordnung.

Konkursordnung.

Anfechtungsgesetz.

Zwangsversteigerungsgesetz.

Einführungsgesetz zum Zwangsversteigerungsgesetz.

Grundbuchordnung.

Gerichtskostengesetz.

Rechtsanwaltsordnung.

Gewerbeordnung.

Kaufmannsgerichtsgesetz.

